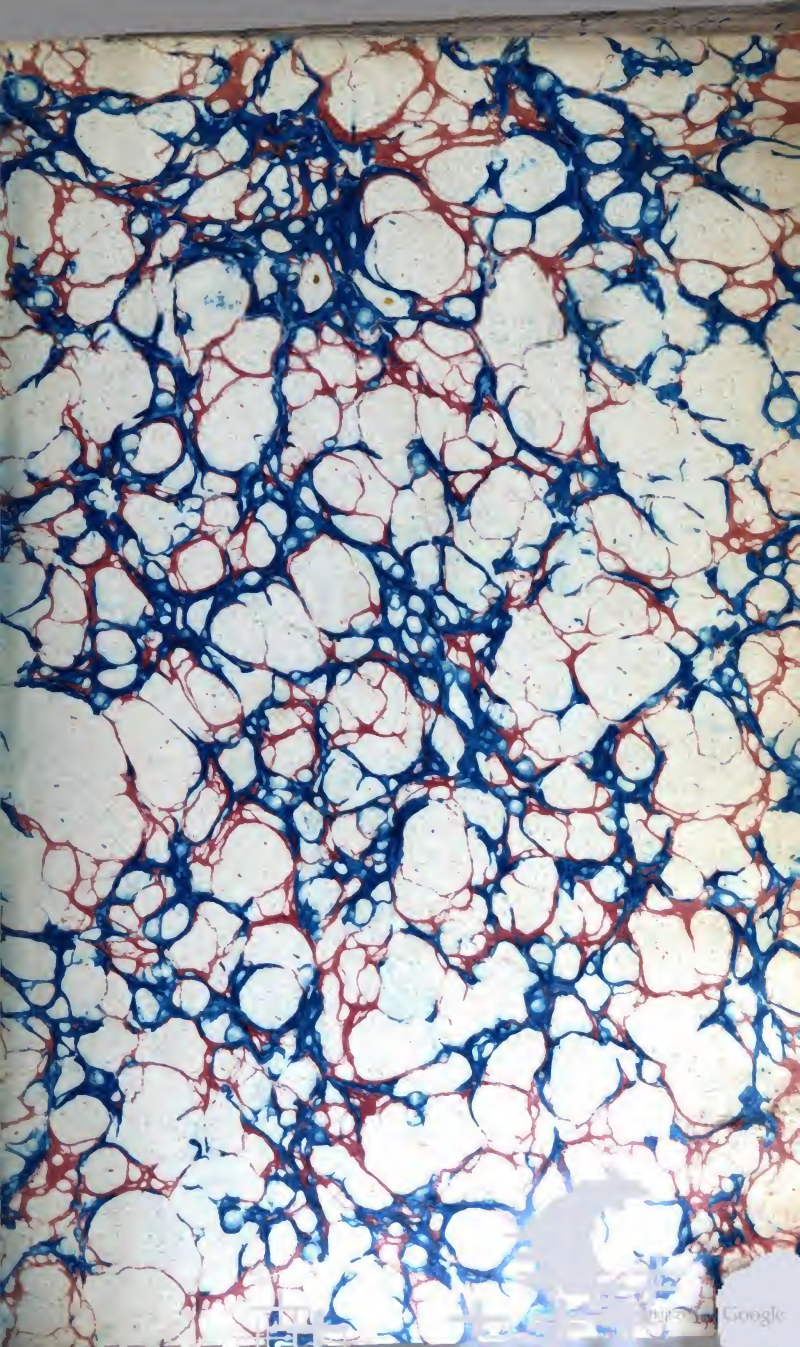
HANDBUCH DES OESTERREICHISCHEN EHERECHTS; AUSFÜHRLICHE ERLÄUTERUNG DES ZWEITEN...

Thomas Dolliner

Digitized by Google

Ill 13. J. 65.



Digitized by Google

13129-B.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Handbuch

des

österreichischen

Eherechtes.

Ausführliche Erläuterung

des

zweiten Hauptstückes des bürgl. Gesetzbuches

von

§. 111—122.

Von

Dr. Thomas Dolliner,

k. k. wirkl. Hofrathe, Mitgliede der k. k. Hof-Commission in Justiz-Gesetzsachen, und der königl. Böhmischen Gesellschaft der Wissenschaften, emeritirten Professor des Römischen Civil- und des Kirchenrechtes an der Wiener Universität,

und

Ignaz Graßl,

Doctor der Rechte, k. k. o. ö. Professor des österreichischen bürgerlichen Rechtes an der Universität zu Wien.

Vierter Band.

Neue Ausgabe.

Wien 1848.

Wilhelm Braumüller,

k. k. Hofbuchhändler.

Digitized by Google

Der

österreichische

Eheproceß

von

Dr. Thomas Dolliner,

k. k. wirkl. Hofrathe, Mitgliede der k. k. Hof-Commission in Justiz-Gesetzsachen, und der königl. Böhmischen Gesellschaft der Wissenschaften, emeritirten Professor des Römischen Civil- und des Kirchenrechtes an der Wiener Universität.

Zweiter Band.

Zweite vermehrte und verbesserte Auflage.

Wohlfeile Ausgabe.

Wien 1848.

Wilhelm Braumüller,

k. k. Hofbuchhändler.

13.127-B
4

Digitized by Google

Digitized by Google

Des Ehe-Prozesses

zweyter Theil.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhalt.

IV. Abschnitt.

Von der Trennung der Ehe.

§. 185. Grund der Untrennbarkeit der Ehe nach dem gemeinen Kirchenrechte . . . . . Seite 1
§. 186. Erster streitiger Ausnahmsfall wegen Ehebruches . . — 3
§. 187. Zweyter streitiger Fall wegen Entfernung des ungläubigen von dem gläubigen Gatten . . . . . — 8
§. 188. Dritter streitiger Fall wegen Ablegung feyerlicher Ordensgelübde vor Vollziehung der Ehe . . . . . — 9
§. 189. Arten der Trennung der Ehe nach dem Oesterr. Rechte — 11

A. Trennung durch den wirklichen Tod.

§. 190. Trennung der Ehe durch den wirklichen Tod eines Ehegatten . . . . . — 11
§. 191. Entscheidung der drey problematischen Fälle des canonischen Rechtes nach dem Oesterreichischen . . . . . — 13

B. Trennung durch den gesetzlich vermutheten Tod.

§. 192. Todeserklärung, Zweck und Eintheilung derselben . . — 14
§. 193. Geschichte des Rechts-Institutes der Todeserklärung in Oesterreich . . . . . — 15
§. 194. Die feyerliche Todeserklärung ist nie von Amtswegen, sondern nur auf Ansuchen einzuleiten . . . . . — 20
§. 195. Behörde, bey welcher sie anzusuchen ist . . . . . — 20
§. 196. Erfordernisse zur feyerlichen Todeserklärung . . . . — 22
§. 197. Erstes Erforderniß . . . . . — 24
§. 198. Zweytes Erforderniß . . . . . — 27
§. 199. Die in den Erfordernissen zur Todeserklärung begriffenen Umstände müssen bewiesen werden . . . . . — 29

Digitized by Google

§. 200. Einleitung des gerichtlichen Verfahrens . . . . . Seite 31
§. 201. Curator des Verschollenen . . . . . — 32
§. 202. Ausfertigung und Kundmachung des Vorladungs-Edictes — 34
§. 203. Berichtigung der Gebühren für die Einrückung der Edicte in die Zeitungen . . . . . — 35
§. 204. Ist eine Edictal-Vorladung des verschollenen Ehegatten auch in dem Falle vorzunehmen, wenn bereits eine gemeine Todeserklärung vorausgegangen ist, und nachher auch eine zum Zweck der Wiederverehelichung angesucht wird? . . . . . — 37
§. 205. Verfahren nach Verstreichung der Edictal-Frist . . . — 43
§. 206. Wiederhohlung des Gesuches von Seite des zurückgelassenen Ehegatten . . . . . — 44
§. 207. Bestellung eines Vertheidigers des Ehebandes . . . — 45
§. 208. Verhandlung . . . . . — 48
§. 209. Vorschriften über den Beweis der zur Todeserklärung erforderlichen Umstände . . . . . — 52
§. 210. Zuziehung eines politischen Repräsentanten zur Beurtheilung . . . . . — 53
§. 211. Erkenntniß über das Gesuch . . . . . — 54
§. 212. Ob bey Todeserklärungen eine Rücksprache mit dem Ordinariate zu pflegen sey? . . . . . — 56
§. 213. Wirkung der feyerlichen Todeserklärung . . . . . — 60
§. 214. Ist die neue Ehe des zurückgelassenen Ehegatten ohne vorläufige Todeserklärung des Verschollenen gültig? — 63
§. 215. Erster Fall . . . . . — 63
§. 216. Zweyter Fall . . . . . — 64
§. 217. Dritter Fall . . . . . — 67
§ 218. Todeserklärungen bey dem Militär . . . . . — 72
§. 219. Vorläufige Sammlung der zur Todeserklärung nöthigen Behelfe mittelst der Corps- oder Regiments-Commanden . . . . . — 73
§. 220. Gerichtsstand und Verfahren, wenn ein katholischer oder nicht unirter griechischer Ehegatte um die Todeserklärung wirbt, und zwar a) außer den Militär-Gränzen — 74
§. 221. b) In den Militär-Gränzen . . . . . — 77
§. 222. Gerichtsstand und Verfahren, wenn ein protestantischer Militär-Ehegatte die Todeserklärung ansucht . . . — 78
§. 223. Bemerkungen über das Institut der Todeserklärung in legislatorischer Hinsicht . . . . . — 80
§. 224. Ist das im a. b. G. B. bey der feyerlichen Todeserklä-

Digitized by Google

rung vorgeschriebene Verfahren auch in dem Falle nothwendig zu beobachten, wenn über den Tod eines verschollenen Ehegatten zwar kein Todtenschein beygebracht, aber ein anderer gerichtlicher Beweis hergestellt werden kann? . . . . . Seite 86
§. 225. Beantwortung dieser Frage nach dem älteren Rechte — 86
§. 226. Einführung eines strengeren Verfahrens durch ein neues Gesetz . . . . . — 93
§. 227. Bedenken gegen das vormahlige Verfahren in dem fraglichen Falle . . . . . — 93
§. 228. Unzweckmäßigkeit des reinen gerichtsordnungsmäßigen Verfahrens . . . . . — 94
§. 229. Gründe gegen die unbedingte Anwendung des bey Todeserklärungen üblichen Verfahrens . . . . . — 95
§. 230. Daher die Nothwendigkeit einer besonderen Vorschrift für das Verfahren in einem solchen Falle . . . . — 98
§. 231. Bey welcher Behörde und wie das Gesuch um Abhörung der Zeugen einzureichen ist . . . . . — 99
§. 232. Bescheid über das Gesuch und Recurs dagegen . . . — 100
§. 233. Was das Gericht sogleich bey Bewilligung des Gesuches vorzukehren habe . . . . . — 101
§. 234. Wann und wie der Richter die Zeugen zu verhören, und was für besondere Obliegenheiten er dabey habe? — 102
§. 235. Wem die Zeugenaussagen mitzutheilen, wie und wann die Verhandlung zu pflegen, und Ergänzungen anzuordnen sind? . . . . . — 103
§. 236. Urtheil. Rechtsmitel dagegen. Inhalt und Vorlegung desselben an höhere Behörden. Verbesserung der bemerkten Gebrechen im Verfahren . . . . . — 104

C. Trennung durch richterliches Urtheil.

§. 237. Oesterreichische Gesetze über die Auflösung der Ehe zwischen nicht katholisch-christlichen Religions-Verwandten . . . . . — 106
§. 238. Der Inhalt des §. 115 bezieht sich nicht auf die Juden, und auf die unirten, wohl aber auf die nicht unirten Griechen und die Protestanten beyder Confessionen . — 107
§. 239. Wie sind die Worte: »nach ihren Religions-Begriffen« im §. 115 zu verstehen . . . . . — 108

Digitized by Google

§. 240. Die Trennungsgründe des §. 115 gelten ausschließungsweise . . . . . Seite 115
§. 241. Sie lassen keine ausdehnende Erklärung zu . . . . — 118
§. 242. Uebergang zur Erläuterung der einzelnen Trennungsgründe . . . . . — 120
§. 243. I. Ehebruch . . . . . — 120
§. 244. Erfordernisse zu diesem Trennungsgrunde, und Ausnahmsfälle, in welchen der Ehebruch kein Trennungsgrund ist . . . . . — 122
§. 245. II. Verurtheilung zu einer wenigstens fünfjährigen Kerkerstrafe . . . . . — 130
§. 246. III. Boshafte Verlassung des andern Ehegatten . . — 140
§. 247. IV. Nachstellungen . . . . . — 155
§. 248. V. Schwere Mißhandlungen . . . . . — 158
§. 249. VI. Unüberwindliche Abneigung . . . . . — 162
§. 250. Ob und wie sich die Scheidungs- und Trennungsgründe von einander unterscheiden? . . . . . — 183
§. 251. Uebergang auf die Trennung gemischter Ehen . . . — 185
§. 252. Begriff gemischter christlicher Ehen und verschiedene Classen derselben . . . . . — 186
§. 253. Erste Classe, wenn die Ehe gleich Anfangs gemischt war und es noch ist . . . . . — 186
§. 254. Zweyte Classe, wenn die Ehe ursprünglich gemischt war, aber in der Folge durch Uebertritt des einen Ehegatten zur Religion des andern gemischt zu seyn aufhörte . . . . . — 188
§. 255. Dritte Classe. Wenn die Ehe Anfangs nicht gemischt war, aber nach der Zeit durch Religions-Veränderung der Eheleute gemischt wird . . . . . — 190
§. 256. Ob eine ursprünglich rein akatholische, später aber durch den Uebertritt eines Ehegatten gemischt gewordene Ehe auch wegen unüberwindlicher Abneigung getrennt werden könne? . . . . . — 200
§. 257. Wenn beyde akatholische Eheleute zur katholischen Religion übertreten, kann noch der eine oder der andere die Trennung der Ehe verlangen . . . . . — 202
§. 258. Ist eine Ehe trennbar, wenn ein akatholisches Ehepaar katholisch, nachher aber ganz oder wenigstens ein Theil wieder akatholisch würde? oder wenn von zwey akatholischen Eheleuten ein Theil katholisch wird, später aber zur akatholischen Religion zurückkehrt? . . — 205

Digitized by Google

§. 259. Auflösbarkeit gemischter Ehen zwischen akatholischen Christen unter sich . . . . . Seite 205
§. 260. Uebergang auf den Gerichtsstand und das Verfahren in Trennungsfällen . . . . . — 206
§. 261. Gerichtsstand in Trennungsfällen . . . . . — 207
§. 262. Ausbildung und Quellen des jetzigen Verfahrens in Trennungsfällen . . . . . — 208
§. 263. Die Einleitung des Verfahrens geschieht nur auf Ansuchen, nie von Amtswegen . . . . . — 209
§. 264. Wie, von wem und binnen welcher Zeit ist die Trennung anzusuchen? . . . . . — 209
§. 265. Kann ein Dritter auf die Trennung der Ehe klagen? — 210
§. 266. Verliert ein Ehegatte durch Fortsetzung des Beyschlafes mit dem Schuldigen das Recht, die Trennungsklage anzustellen? . . . . . — 211
§. 267. Das Verfahren in Trennungsfällen ist gemischt und mündlich . . . . . — 212
§. 268. Aufnahme eines Protokolls über das Verhandelte . — 212
§. 269. Verweisung der Sache an die Strafbehörden, wenn bey Einleitung oder im Laufe der Untersuchung rechtliche Anzeigen eines Verbrechens oder einer schweren Polizey-Uebertretung vorkommen . . . . . — 213
§. 270. Benehmen des Richters bey einem auffallend ungegründeten Gesuche um Trennung . . . . . — 213
§. 271. Der erste Schritt des Richters bey einer gegründeten Trennungsklage ist die Bestellung eines Defensor matrimonii . . . . . — 213
§. 272. Anordnung einer Tagsatzung. Vorladung der Parteyen. Zulässige Beyziehung von Rechtsfreunden . . . . — 314
§. 273. Pflichten des Vertheidigers der Ehe während der Untersuchung des Trennungsgrundes . . . . . — 215
§. 274. Was hat zu geschehen, wenn ein Ehegatte minderjährig, pflegebefohlen, unbekannten Aufenthaltes, oder gegen den ihn vorladenden Richter ungehorsam ist? — 215
§. 275. Wie die Ehegatten zu vernehmen, wenn beyde bey der Tagsatzung erscheinen? . . . . . — 216
§. 276. Vereinigungsversuch, in der Regel ohne vorläufige Vorstellungen und darüber ausgefertigtes Zeugniß des Pfarrers. . . . . — 219
§. 277. Das Daseyn des Trennungsgrundes muß vollständig bewiesen werden . . . . . — 222

Digitized by Google

§. 278. Das Geständniß hat bey der Ehetrennung nicht die Kraft eines Beweises . . . . . Seite 222
§. 279. Der Beweis durch den Haupteid ist ganz unzulässig . — 223
§. 280. Ob der Erfüllungseid als Beweis- oder als Gegenbeweismittel in Trennungsfällen zulässig sey? . . . — 224
§. 281. Ob das Geständniß und der Eid der Ehegatten zulässig sind zum Beweise des Umstandes, von welchem der Verlust des Rechtes abhängt, die Trennung der Ehe zu begehren? . . . . . — 225
§. 282. Auch der Beweis des Trennungsgrundes aus dem Zusammentreffen der Umstände ist unstatthaft . . . . — 225
§. 283. Ob der Beweis des Trennungsgrundes durch ein auf Geständniß, Eid oder Zusammentreffen der Umstände sich gründendes, bey einer anderen Gelegenheit gefälltes, Urtheil zulässig sey? . . . . . — 226
§. 284. Zulässige Beweisarten der Trennungsgründe . . . — 227
§. 285. Entscheidung des Trennungsfalles durch ein Urtheil. Beyziehung eines politischen Repräsentanten dazu . — 228
§. 286. Urtheil des Landrechtes gegen oder für die Trennung der Ehe. Rechtsmittel und Beschwerden dagegen . — 230
§. 287. Behandlung des Trennungsfalles bey dem Appellations-Gerichte . . . . . — 230
§. 288. Rechtsmittel gegen das Urtheil des Appellations-Gerichtes, wodurch das Erkenntniß des Landrechtes abgeändert worden . . . . . — 231
§. 289. Das Urtheil des Appellations-Gerichtes, wodurch das Erkenntniß des Landrechtes gegen oder für die Trennung der Ehe bestatiget wird, unterliegt keiner Revision — 231
§. 290. Verfahren in einer Trennungssache bey dem obersten Gerichtshofe. Verbesserung der Untersuchungsgebrechen. Rechtskraft des Trennungsurtheiles. Taxen dafür — 244
§. 291. Das Trennungsurtheil soll zugleich ein Erkenntniß über die Schuld oder Unschuld der Ehegatten an der Trennung enthalten . . . . . — 245
§. 292. Verfahren in Streitigkeiten, die sich bey einer Trennung über Sachenrechte äußern . . . . . — 246
§. 293. Wirkung der Ehetrennung auf die Personenrechte, besonders der Ehegattinn . . . . . — 249
§. 294. Einfluß der Trennung auf die Sachenrechte der Ehegatten, besonders auf die aus Ehe-Pacten . . . — 255
§. 295. Wiedervereinigung getrennter Ehegatten . . . . . — 259

Digitized by Google

V. Abschnitt.

Von der Wiederverehelichung.

§. 296. Begriff der Wiederverehelichung . . . . . Seite 262
§. 297. Scheinbare Wiederverehelichung . . . . . — 262
§. 298. Wahre Wiederverehelichung . . . . . — 263
§. 299. Beschränkung der Wiederverehelichung . . . . — 265
§. 300. Erste Beschränkung durch den §. 119 des a. b. G. B. — 265
§. 301. Zweyte Beschränkung durch das Hofdecret vom 4. oder 26. August 1814 . . . . . — 266
§. 302. Folgerungen aus der zweyten Beschränkung . . . . — 268
§. 303. Dritte Beschränkung der Wiederverehelichung durch den §. 120 des a. b. G. B. . . . . — 271
§. 304. Erklärung dieser Beschränkung . . . . . — 273
§. 305. Folgen der Uebertretung der dritten Beschränkung . — 278
§. 306. a) Gemeinschaftliche . . . . . — 279
§. 307. b) Für den neuen Ehemann . . . . . — 282
§. 308. c) Für die Frau . . . . . — 283
§. 309. Bestellung eines Curators für ein Kind, über welches ein Zweifel entsteht, ob es von dem vorigen oder von dem jetzigen Manne einer Frau nach ihrer Wiederverehelichung gezeugt worden sey . . . . . — 289
§. 310. Von welchem Gerichte der im §. 121 angeordnete Curator zu bestellen sey . . . . . — 291
§. 311. Nach welchen Grundsätzen die Frage zu beurtheilen sey, ob der vorige oder der jetzige Mann einer sich voreilig wieder verehelichenden Frau, Vater des ersten in der neuen Ehe gebornen Kindes sey? . . . . . — 292
§. 312. Pflichten des Curators eines solchen Kindes . . . — 293
§. 313. Fälle, in welchen nach zu früher Wiederverehelichung einer Frau der Zweifel entstehen kann, welcher Ehemann Vater des ersten, nach derselben von ihr gebornen, Kindes sey . . . . . — 295
§. 314. a) Wenn das Kind sowohl vor dem ersten als vor dem zweyten im vorigen §. bestimmten Zeitpuncte geboren wird . . . . . — 297
§. 315. b) Wenn das Kind zwar vor dem ersten, aber erst nach dem zweyten Zeitpuncte geboren wird. . . . — 300
§. 316. c) Wenn das Kind nach dem ersten, aber vor dem zweyten Zeitpuncte geboren wird . . . . . — 307

Digitized by Google

§. 317 d) Wenn das Kind sowohl nach dem ersten als auch nach dem zweyten Zeitpuncte geboren wird . . . Seite 310

VI. Abschnitt.

Von der Anmerkung der für ungültig oder getrennt erklärten Ehe im Trauungsbuche.

§. 318. Vorschriften über die Anmerkung der Ungültigerklärung oder Trennung der Ehe im Trauungsbuche . . Seite 313
§. 319. Welches Gericht die Anmerkung im Trauungsbuche zu veranlassen habe . . . . . — 315
§. 320. Wie und an welche Behörde deßwegen die gerichtliche Erinnerung zu erlassen, was jene weiter zu verfügen, und wie die Anmerkung im Trauungsbuche zu geschehen habe? . . . . . — 317
§. 321. Ob auch die Todeserklärung im Trauungsbuche anzumerken sey? . . . . . — 319
§. 322. Was im Wiedererscheinungsfalle des für todt erklärten Ehegatten im Trauungsbuche anzumerken sey? — 328
§. 323. Ob auch, wenn bey Ermanglung des Todtenscheines der Tod eines Ehegatten durch Zeugen vor Gericht erwiesen wird, das Erkenntniß hierüber im Trauungsbuche anzumerken sey? . . . . . — 329
§. 324. Ob die Anmerkung der Ungültigerklärung oder Trennung einer im Auslande geschlossenen Ehe auch in dem auswärtigen Trauungsbuche einzuleiten sey? . — 330

Digitized by Google

Erläuterung

des

zweyten Hauptstückes

des

allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches

von

§. 111 — 122.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vierter Abschnitt.

Von der Trennung der Ehe.

§. 185.

Grund der Untrennbarkeit der Ehe nach dem gemeinen Kirchenrechte.

Die Trennung, Auflösung der Ehe, ist eine gänzliche Aufhebung des gültig geknüpften Ehebandes. Nach christlichen Religions-Grundsätzen ist die gültig geschlossene Ehe bey Lebzeiten beyder Ehegatten wenigstens in der Regel unauflösbar[1]. Nach der herrschenden Meinung liegt der Grund der Unauflösbarkeit der Ehe in dem Sacramente. Allein nach der Lehre Christi selbst ist die Ehe schon bey ihrer Einsetzung im Paradiese für unauflösbar erklärt worden. Dieses erhellet deutlich aus dem Berichte des Evangelisten Matthäus cap. XIX. v. 3—8, wo es heißt: »Et »accesserunt ad eum Pharisaei, tentantes eum et dicentes: »Si licet homini dimittere uxorem suam quacunque ex causa? »Qui respondens ait eis: Non legistis, quia qui fecit homi»nem ab initio, masculum et feminam fecit eos? et dixit: »Propter hoc dimittet homo patrem et matrem, et adhaere»bit uxori suae, et erunt duo in carne una. Itaque jam non »sunt duo, sed una caro. Quod ergo Deus conjunxit, homo »non separet. Dicunt illi: Quid ergo Moyses mandavit dare »libellum repudii, et dimittere? Ait illis: Quoniam Moyses »ad duritiam cordis vestri permisit vobis dimittere uxores »vestras: ab initio autem non fuit sic.« Christus beruft sich hier in den Antworten, die er den fragenden Pharisäern ertheilt,

[1] Matth. V. 32. XIX. 3—10. Marc. X. 2—12. Luc. XVI. 18, Paul. ad Rom. VII. 1—3 I. ad Corinth. VII. 10.

Digitized by Google

auf die ursprüngliche Einsetzung der Ehe zu Anfang der Welt Genesis II. v. 24 und erklärt, daß schon vermöge der ursprünglichen Einsetzung der Ehe der Mann das Weib nicht entlassen konnte, folglich daß die Ehe schon zur Zeit der Urwelt nach göttlicher Einrichtung unauflöslich war; damahls aber hatte die Ehe noch nicht die Eigenschaft eines christlichen Gnadenmittels, war kein Sacrament des neuen Bundes. Die Untrennbarkeit der Ehe beruhet also auf dem der Entstehung der Ehe gleichzeitigen Gebothe Gottes. Eben dieses ist auch die Lehre der Kirche auf dem Concilium von Trient in der zu Anfang der 24. Session stehenden doctrina de Sacramento matrimonii, welche so anfängt: »Matrimonii per»petuum indissolubilemque nexum primus humani generis pa»rens divino spiritus instinctu pronunciavit, cum dixit: Hoc »nunc os ex ossibus meis, et caro de carne mea: quamobrem »relinquet homo patrem suum et matrem, et adhaerebit uxori »suae, et erunt duo in carne una. Hoc autem vinculo duos »tantummodo copulari et conjungi Christus Dominus apertius »docuit, cum postrema illa verba, tamquam a Deo prolata, »referens dixit: Itaque jam non sunt duo, sed una caro; sta»timque ejusdem nexus firmitatem ab Adamo tanto ante »pronuntiatam his verbis confirmavit: Quod ergo Deus con»junxit, homo non separet.« Nur in einem uneigentlichen Sinne läßt es sich behaupten, daß die Unauflöslichkeit der Ehe auf einem Sacramente beruhe. Mehrere Kirchenväter und sowohl ältere als neuere Theologen nehmen an, daß die Ehe schon seit ihrer Einsetzung von Gott zu einem geheimnißvollen Vorbilde, welches sie Sacramentum nennen, der künftigen Vereinigung Christi mit seiner Kirche bestimmt worden sey; gleichwie nun die Vereinigung Christi mit seiner Kirche immerwährend und unauflöslich seyn sollte, so mußte Gott auch die Ehe schon bey ihrer Einsetzung unauflöslich machen, damit sie ein vollkommenes Vorbild der immerwährenden Vereinigung Christi mit seiner Kirche werde. Die Gnade, die Christus durch Erhebung der Ehe zu einem Sacramente des neuen Bundes mit derselben verband, hat nach der Lehre des Conciliums zu Trient die ursprüngliche Untrennbarkeit derselben nur verstärket (confirmavit.)

Digitized by Google

§. 186.

Erster streitiger Ausnahmsfall wegen Ehebruches.

1. Es gibt jedoch drey Fälle, über welche noch ein Streit obwaltet, ob nicht in denselben selbst nach christlichen Religions-Grundsätzen eine Ausnahme von der Regel Statt finde, daß die Ehe bey Lebzeiten beyder Ehegatten unauflöslich sey. Der erste Fall betrifft den Ehebruch. Es ist nähmlich die Frage, ob die Ehe wegen des von einem Ehegatten begangenen Ehebruches aufgelöset werden könne? Die Quelle des Streites liegt in den Stellen bey Matth. cap. V. v. 31 und 32, wo Christus sagt: Ego autem dico vobis, quia omnis, qui dimiserit uxorem suam, excepta fornicationis causa, facit eam moechari, et qui dimissam duxerit, adulterat, und cap. XIX, v. 9, wo er auf die nähmliche Art spricht: Dico autem vobis, quia, quicunque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, et aliam duxerit, moechatur, et qui dimissam duxerit, moechatur.

2. Einige meinen, daß nach diesen zwey Stellen ein Mann, der seine Frau wegen Unzucht, d. i. wegen Ehebruchs, entläßt, und eine andere heirathet, sich keines Ehebruches schuldig mache, und so auch die entlassene Frau nicht, wenn sie einen anderen Mann ehelichet, folglich daß Christus eine Trennung der Ehe wegen Ehebruchs und nach derselben eine Wiederverehelichung erlaubt habe. Denn Christus nehme in beyden Stellen ausdrücklich die Ursache des Ehebruches aus, und könne von einer bloßen Scheidung von Tisch und Bett keineswegs reden, weil diese den Juden ganz unbekannt war, sondern nur von einer wirklichen Trennung, weil nur auf diese die Frage der Pharisäer ging, also auch die Antwort Christi, wenn sie den Juden verständlich werden sollte, gerichtet seyn mußte. Die Pharisäer und Christus sprechen deutlich von dem Mosaischen Scheidebriefe (libellus repudii), der bekannter Maßen bey den Juden eine gänzliche Trennung des Ehebandes bewirkte, und die Erlaubniß der Wiederverehelichung zur Folge hatte. Es bestanden zu Christi Zeiten unter den jüdischen Schriftgelehrten zweyerley Meinungen über die Ursachen der Ehescheidung. Die larere Schule Hillel's erlaubte dieselbe aus jeglicher Ursache; die strengere Schule des Schamai aber nur der Unzucht

wegen. Beyde jedoch hielten dafür, daß nach Mosaischem Rechte nach der Scheidung dem Manne freystehe, sich mit einer anderen Weibsperson zu vermählen. Christus wurde von den Pharisäern offenbar aufgefordert, ihnen über diese verschiedenen Ansichten der beyden Schriftgelehrten seine Meinung zu sagen, und er erklärte sich für die strengere Ansicht des Schamai, und billigte somit die Trennung der Ehe wegen Ehebruchs und die Wiederverehelichung als Folge derselben. Wäre in den Stellen des Evangelisten Matthäus von einer bloßen Scheidung von Tisch und Bett die Rede, so gäbe es nach Christi Lehre nur eine Ursache solcher Scheidung, nähmlich den Ehebruch, da doch die katholische Kirche aus mehreren anderen Ursachen die Eheleute von Tisch und Bett sich scheiden läßt.

3. Die meisten Theologen behaupten dagegen, daß auch in diesen zwey Stellen nur eine Scheidung von Tisch und Bett, nicht aber eine Trennung der Ehe wegen Ehebruchs erlaubt werde. Sie erklären die Worte Christi so, daß sich die Ausnahme des Ehebruchs bloß auf die Entlassung des Weibes, nicht aber auch auf die zweyte Heirath beziehe, weil diese Ausnahme nach dem Satze: dimiserit uxorem suam, nicht aber nach dem Satze: et aliam duxerit, eingeschaltet sey, mithin der Sinn dieser Stelle dahin gehe: Wer seine Frau entläßt, welches außer dem Falle des Ehebruches nicht erlaubt ist, und bey Lebzeiten derselben, er mag sie wegen Ehebruches, oder aus einer anderen Ursache entlassen haben, ein andere heirathet, bricht die Ehe, und der die Entlassene heirathet, bricht sie ebenfalls. Diese Auslegung unterstützen sie noch mit folgenden Gründen: a) daß bey den Juden ein zweyfacher Mißbrauch geherrschet habe, nähmlich die Weiber aus jeder geringfügigen Ursache zu entlassen, und nach der Entlassung sich wieder zu verehelichen; daß also Christus in beyden Rücksichten den fragenden Pharisäern geantwortet habe, und zwar in der ersten, daß die Entlassung der Weiber auf immer nur wegen Ehebruches, in der zweyten aber, daß die zweyte Ehe gar nicht erlaubt sey; b) daß vermöge des letzten Satzes: qui dimissam duxerit, adulterat, derjenige, der die Entlassene heirathet, ohne Ausnahme, sie mag aus was immer für einer Ursache entlassen seyn, als Ehebrecher erklärt werde, also um so mehr derjenige, der statt seiner

entlassenen Frau eine andere heirathet, die Entlassung mag aus was immer für einer Ursache erfolgt seyn, ein Ehebrecher seyn müsse; c) daß es ungereimt wäre, wenn die entlassene Ehebrecherinn einen anderen Mann nehmen dürfte, nicht aber diejenige, die der Mann aus einer geringeren Ursache entlassen hat, denn so wäre eine Ehebrecherinn besser daran, als eine andere. d) Daß in den Parallelstellen bey Marc. cap. X. v. 11 und 12, bey Luc. cap. XVI. v. 18, und in epist. I. ad Corinth. cap. VII. v. 10 jene Ausnahme der Fornification gar nicht vorkomme, sondern das Verboth der Ehetrennung ganz allgemein laute.

4. Das Concilium von Trient erklärt sich für die letztere Meinung, jedoch auf eine solche Art, daß daraus zu ersehen ist, es habe seine Entscheidung nicht als Dogma festsetzen wollen. Es sagt Sess. 24 can. 7 de sacr. matr. »Siquis dixerit ecclesiam »errare, cum docuit et docet, juxta evangelicam et apostoli»cam doctrinam propter adulterium alterius conjugum matri»monii vinculum non posse dissolvi, — anathemasit.« Der Kirchenrath anathematisirt also nicht denjenigen, welcher behauptet, daß die Ehe wegen Ehebruchs aufgelöset werden könne, sondern nur denjenigen, welcher die Kirche eines Irrthums beschuldiget, wenn sie das Gegentheil lehrt. Die Untrennbarkeit der Ehe auch im Falle des Ehebruchs wird demnach durch diesen Canon nicht für eine völlig entschiedene Glaubenslehre erklärt, sondern nur die Beschuldigung zurückgewiesen, daß die Kirche sich irre, indem sie sich an die in ihrem Schooße herrschende Lehre hält. Das ausgesprochene Anathem geht eigentlich die Protestanten an, welche der Kirche einen Irrthum in der Erklärung des Wortes Gottes vorwarfen, weil sie die Trennung der Ehe wegen Ehebruches nicht zulasse. Der Cardinal Pallavicini in Histor. Conc. Trid. Lib. 22. cap. 4 erzählt, dieser Canon sey schon so vorbereitet gewesen, daß jeden, der die Auflösbarkeit der Ehe wegen Ehebruchs behaupten würde, das Anathem treffen sollte, die venetianischen Gesandten aber hätten den Kirchenvätern dringend vorgestellt, daß durch einen solchen Inhalt des Canons die Griechen auf den jonischen Inseln, die der Republik Venedig unterthänig wären und ungeachtet ihrer besonderen Disciplin doch mit der Römischen Kirche in Gemeinschaft ständen, sich für anathematisirt

Digitized by Google

halten würden, weil sie seit den ältesten Zeiten im Gebrauche hätten, ehebrecherische Weiber zu entlassen und andere zu heirathen, weßwegen sie doch von keinem ökumenischen Concilium verdammt und von der Kirchengemeinschaft ausgeschlossen worden wären. Auf diese Vorschrift sey der entworfene Canon so abgeändert worden, wie wir ihn jetzt haben; durch dessen jetzigen Inhalt aber wird der Gebrauch der Griechen nicht als ketzerisch verdammt, sondern nur die Verwegenheit derjenigen mit dem Anathem belegt, welche der Kirche einen Irrthum zur Last legen, wenn sie eine dem griechischen Gebrauche entgegengesetzte Lehre beybehält. Auch aus den Acten des Conciliums von Florenz [1]) geht hervor, daß die Lehre von der Auflösbarkeit der Ehe wegen Ehebruches von der Kirche nicht für ketzerisch gehalten wurde; denn auf diesem Concilium wurden die Griechen wieder in die katholische Kirchengemeinde aufgenommen, ohne daß man ihnen die Verwerfung ihrer Lehre und ihres Gebrauches in Ansehung der Auflösung der Ehen wegen Ehebruches zur Bedingung der Kirchen-Union gemacht hätte; dieses hätte aber nicht geschehen können, wenn die Griechen in Beziehung auf die Ehe im Glauben geirrt hätten, denn mit Irrgläubigen kann keine kirchliche Gemeinschaft bestehen. Erst nach unterschriebenem Unions-Decrete stellten die Lateiner an die Griechen die Frage: »Quare conjugia dirimitis, dicente Domino: Quos »Deus conjunxit, homo non separet,« und der Papst selbst sagte ihnen: »id correctione indiget.« Allein die Griechen antworteten: »matrimonia dirimimus non sine justis causis,« und wollten sich weiter in nichts mehr einlassen, ohne daß deßwegen die Lateiner mit ihnen die Kirchengemeinschaft abgebrochen hätten. Unparteyisch betrachtet, scheint wirklich diese Frage über die Trennbarkeit der Ehe wegen Ehebruches kaum einer dogmatischen Entscheidung fähig zu seyn, weil die Schrift-Texte hierüber dunkel und einer verschiedenen Auslegung fähig sind, die Tradition darüber in den ersten vier Jahrhunderten sich sehr schwankend zeigt, indem die Kirchenväter und Provinzial-Concilien sowohl für die eine als die andere Meinung sich ungefähr das Gleichgewicht halten, der heilige

[1] Bey Mansi Collect. Concil. T. XXXI. col. 1042 et 1043.

Augustin, einst der eifrigste Vertheidiger der Unauflösbarkeit, in der Folge darüber wieder zweifelhaft ward, und weil in der griechischen und lateinischen Kirche in diesem Stücke noch immer eine verschiedene Meinung herrscht.

5. In der Praxis müssen die katholischen Christen des lateinischen Ritus sich nach der vom Concilium angenommenen Meinung von der Unauflösbarkeit der Ehe wegen Ehebruches halten. Sie ist auch der Politik am meisten angemessen; denn wäre es erlaubt, die Ehe wegen Ehebruches zu trennen, und dann eine andere Ehe einzugehen, so ist bey der Sittenlosigkeit der Welt leicht zu erachten, daß alljährlich Ehebrüche in unzählbarer Menge eigens in der Absicht begangen würden, um jene Zwecke zu erreichen.

6. Allein die Katholiken des griechischen Ritus oder die unirten Griechen behaupten, daß es ihnen noch jetzt erlaubt sey, die Ehe wegen Ehebruches zu trennen, weil der Can. 7 Sess. XXIV. des Conciliums von Trient selbst nach dem Geständnisse der angesehensten lateinischen Theologen und Canonisten keine dogmatische Entscheidung enthalte, sondern bloß die verwegene Behauptung des Irrthumes der Kirche verdamme, die gangbare Lehre derselben aber nur nebenbey ohne Entscheidung referire, also nichts Anders als eine in der lateinischen Kirche herrschende theologische Meinung ausspreche, und, in so weit diese zugleich ein Regulativ des Benehmens der Kirche bey Ehetrennungen ausmacht, ein kirchliches Disciplinar-Gesetz darstelle, an welches zwar die Lateiner gebunden seyen, nicht aber auch die mit ihnen unirten Griechen, die sich bey allen Unionen die Beybehaltung ihrer eigenen Disciplin ausdrücklich ausbedungen haben. Zudem bezeuge ja der Cardinal Pallavicini, daß gedachter Canon der Trienter Synode eigens in der Absicht, um die unirten Griechen in denselben nicht einzuschließen, so wie er jetzt lautet, abgefaßt worden sey. Doch geben sie selbst folgende Fälle an, in welchen der Ehebruch keine Trennung der Ehe begründet: a) wenn der Gegentheil auch des Ehebruches schuldig ist; b) wenn der Mann selbst sein Weib Andern Preis gegeben oder doch an der Prostitution desselben durch seine Einwilligung oder mögliche Nichthinderung Theil genommen hat; c) wenn die Frau, welche ihren Mann wegen langer Abwesenheit für wahrscheinlich todt hielt,

Digitized by Google

einen Andern geheirathet hat; d) wenn sie von einem Andern, den sie irriger Weise für ihren Mann hielt, beschlafen worden ist; e) wenn sie genothzüchtiget wurde; f) wenn der Mann, im Bewußtseyn seines Rechtes, auf Trennung zu dringen, entweder durch aufrichtige Reden oder durch gewisse, in der Absicht der Aussöhnung unternommene, Handlungen den Ehebruch verziehen hat. Wenn die Ehe zu einer Zeit, da beyde Theile noch ungläubig waren, eingegangen wurde, der Mann die Frau verstieß, und sie einen Andern heirathete, so ist er, wenn beyde Theile nachher Christen werden, schuldig, dieselbe zurück zu nehmen [1].

§. 187.

Zweyter streitiger Fall wegen Entfernung des ungläubigen von dem gläubigen Gatten.

Wenn zwey Ungläubige eine Ehe mit einander geschlossen haben, deren einer sich später zur christlichen Religion bekennt, der andere aber in seinem Unglauben verharret, und mit dem erstern entweder gar nicht mehr leben will, oder nicht anders, als unter Gotteslästerungen und mit dem Bestreben, ihn zur Sünde zu verführen, so gestattet der Papst Innocenz III. cap. 7 X. de divortiis (IV. 19) dem christlichen Theile zu einer neuen Ehe zu schreiten. Dieser Meinung pflichten auch der Papst Benedict XIV. in seinem Werke de Synodo Dioecesana Lib. 6. cap. 4 und viele Theologen sowohl als Canonisten bey. Das Befugniß des gläubigen Ehegatten, in dem gedachten Falle eine neue Ehe zu schließen, leitet man aus des Apostels Paulus epist. I. ad Corinth. cap. 7, v. 11 — 15 her, wo es heißt: »Si quis frater uxorem habet in»fidelem et haec consentit habitare cum illo, non dimittat »illam. Et si quae mulier fidelis habet virum infidelem, et hic »consentit habitare cum illa, non dimittat virum. — Quod si

[1] Vid. Dissertatio canonica de matrimonio juxta disciplinam Graecae orientalis ecclesiae ab Samuele Klein de Szad, Dioeceseos Fogariensis in Transylvania Presbytero et in Seminario generali Graeco-Catholicorum ad S. Barbaram studiorum Praefecto, Viennae 1827 8., und meine Abhandlung über die Auflösbarkeit der Ehe ꝛc. in Pratobevera's Materialien V. B. §. 40 — 44. S. 125 — 130.

»infidelis discedit, discedat; non enim servituti subjectus est »frater aut soror in hujusmodi.« Die servitus, von welcher Paulus den gläubigen Ehegatten in dem angeführten Falle freyspricht, bestehe in dem ligamen, von welchem der Apostel in dem nähmlichen Sendschreiben und Capitel v. 39 redet: »Mulier alligata »est legi, quanto tempore vir ejus vivit, quod si dormierit »vir ejus, liberata est, cui vult, nubat.« Gleichwie nun durch den Tod des einen Ehegatten der überlebende von dem ligamen befreyt wird, und eine neue Ehe eingehen kann, so wird auch der gläubige Ehegatte, wenn ihn der ungläubige verläßt, von der servitus frey, und kann zu einer neuen Ehe schreiten. Allein die strengern Theologen, vorzüglich französische und deutsche, behaupten, die servitus, von welcher der Apostel Paulus den gläubigen Ehegatten, wenn sich der ungläubige entfernt, in der oben zuerst angeführten Stelle loszählt, sey die Verbindlichkeit zur Leistung der ehelichen Pflicht, wovon Paulus kurz vorher v. 3—5 eben desselben Sendschreibens und Capitels handelt: »Uxori vir de»bitum reddat: similiter autem et uxor viro. Mulier sui cor»poris potestatem non habet, sed vir. Similiter autem et vir »sui corporis potestatem non habet, sed mulier. Nolite frau»dare invicem, nisi forte ex consensu ad tempus.« Wird aber der gläubige Ehegatte im Falle, daß ihn der ungläubige verläßt, nur von der Leistung der ehelichen Pflicht enthoben, so gehe aus v. 15 keine Erlaubniß zur Trennung der Ehe, sondern nur eine Gestattung der Scheidung von Tisch und Bett hervor.

§. 188.

Dritter streitiger Fall wegen Ablegung feyerlicher Ordensgelübde vor Vollziehung der Ehe.

Schon in der Decretalen-Sammlung Gregors IX. cap. 2 et 7, X. de conversat. conjugat. (III. 32) kommt vor, daß eine geschlossene Ehe, wenn ein Ehegatte vor Vollziehung derselben in einem Kloster das Ordensgelübde ablegt, aufgelöset und der andere Ehegatte berechtiget werde, eine andere Ehe zu schließen. Dieses hat auch das Concilium von Trient Sess. XXIV can. 6 de sacram. matr. bestätiget: »Si quis dixerit, matrimonium ratum

»non consumatum per solemnem religionis professionem »alterius conjugum non dirimi, anathema sit.« Als Ursache davon gibt man an, daß die geschlossene Ehe vor der Vollziehung des Beyschlafes nach dem Zeugnisse der Päpste Leo des Großen[1]) und Innozenz III.[2]) nicht die Vereinigung Christi mit seiner Kirche vorstelle, und weil selbst der Apostel Paulus epist. ad Ephes. cap. 5. v. 31 und 32, wo er die Ehe als ein Vorbild der Vereinigung Christi mit der Kirche darstellt und dieses Vorbild sacramentum magnum nennt, von einer Ehe redet, wo die Eheleute una caro sind. Allein die strengeren Theologen, welche die gültige Ehe als eine bey Lebzeiten beyder Ehegatten absolut unzertrennliche Verbindung vertheidigen zu müssen glauben, suchen auch die Anfangs angeführten Gesetzesstellen so zu erklären, daß sie ihrer Meinung nicht entgegen stehen. Sie sagen, daß in denselben von keiner Auflösung einer gültigen Ehe, sondern nur von der Ungültigerklärung der Ehe wegen Nichterfüllung einer sich von selbst verstehenden Bedingung die Rede sey. Es müsse nähmlich seit der Bekanntmachung jener Canonen vorausgesetzt werden, daß bey Eingehung jeder Ehe stillschweigend die gesetzliche Bedingung beygerückt sey, wenn ich nicht vor Vollziehung der Ehe die feyerlichen Ordensgelübde ablege. Werden also diese vor Vollziehung der geschlossenen Ehe abgelegt, so gehe die stillschweigend beygerückte gesetzliche Bedingung nicht in Erfüllung, folglich sey die Ehe nie gültig geworden, sie werde demnach nicht getrennt, sondern könne nur für ungültig erklärt werden. Wer sieht aber nicht ein, welche elende Sophisterey in diesem Raisonnement stecke? Auf solche Art wird aller Unterschied zwischen Trennung und Ungültigerklärung der Ehe aufgehoben. Alle gesetzlichen Trennungsgründe können mittelst einer solchen Dialectik in lauter Ursachen der Ungültigkeit einer Ehe, d. i. in Ehehindernisse, die aus einer ermangelnden stillschweigend beygefügten gesetzlichen Bedingung entspringen, verwandelt werden. So könnte man sagen: Seitdem das a. b. G. B. kundgemacht worden und in Wirksamkeit getreten ist, sind alle in dem §. 115 desselben angegebenen

[1] Apud Gratian. 17. Caus. 27. quaest. 2.

[2] cap. 5 X. de bigam. non ordinand. (I. 71).

Trennungsgründe als stillschweigend und gesetzlich beygerückte negative Bedingungen bey Eingehung der Ehe anzusehen. Wenn also eine derselben nach Schließung der Ehe nicht in Erfüllung gehet, z. B. wenn der andere Ehegatte sich eines Ehebruches oder eines Verbrechens schuldig gemacht hat, welche die Verurtheilung zu einer wenigstens fünfjährigen Kerkerstrafe nach sich gezogen hat ꝛc., so ist die geschlossene Ehe nie vollgültig gewesen, und kann daher nicht getrennt, sondern nur für ungültig erklärt werden. Wie verträgt sich ferner eine solche Theorie mit der Behauptung, daß seit dem Decrete des Conciliums von Trient de clandestinis nuptiis jede Bedingung, wenn sie von Wirkung seyn soll, bey der Schließung der Ehe selbst vor dem Pfarrer und Zeugen ausgedrückt werden müsse?

§. 189.

Arten der Trennung der Ehe nach dem Oesterreichischen Rechte.

Die Arten, wie die Ehe nach dem Oesterreichischen Rechte getrennt werden kann, sind entweden den katholischen und nicht katholischen Christen gemein, oder nur den letzteren eigen. Zu jenen gehören der wirkliche und der gesetzlich vermuthete Tod des einen Ehegatten; zu dieser die Trennung der Ehe durch richterliches Urtheil. Nach dieser Eintheilung wollen wir die drey Arten der Trennung behandeln.

A. Trennung durch den wirklichen Tod.

§. 190.

Trennung der Ehe durch den wirklichen Tod eines Ehegatten.

1. Daß durch den Tod des einen Ehegatten das Eheband sowohl zwischen katholischen als nicht katholischen Christen aufgelöset, d. i. ihre Ehe getrennt werde, braucht nicht bewiesen zu werden. Wenn ein Ehegatte stirbt, so ist kein Subject mehr vorhanden, an welches der überlebende Ehegatte durch den Ehevertrag gebunden wäre. Aber bey den Katholiken kann nur der Tod allein die Trennung einer gültig geschlossenen Ehe bewirken. Der §. 111 des b. G. B. spricht ganz kategorisch: »Das Band ei-

Digitized by Google

» ner gültigen Ehe kann zwischen katholischen Personen nur » durch den Tod des einen Ehegatten getrennt werden. Eben » so unauflöslich ist das Band der Ehe, wenn auch nur » ein Theil schon zur Zeit der geschlossenen Ehe der ka» tholischen Religion zugethan war.«

2. Nach dieser Gesetzesstelle ist die Ehe zwischen zwey Personen, die beyde sich zur katholischen Religion bekennen, bey Lebzeiten unauflösbar, nur der Tod des einen oder des andern Ehegatten kann ihre Ehe trennen, und zwar ohne Unterschied, ob diese Personen schon zur Zeit der eingegangenen Ehe beyde katholisch waren, oder ob sie erst nachher beyde katholisch geworden sind, weil im ersten Falle das Gesetz mit Recht annimmt, daß sie die Ehe nach katholischen Grundsätzen, folglich unauflöslich geschlossen haben; im zweyten aber, daß sie wenigstens, nachdem sie katholisch geworden sind, nach ihren angenommenen Religions-Grundsätzen dafürhalten, ihre geschlossene Ehe sey unauflöslich.

3. Ebenfalls für unauflöslich, so lange beyde Eheleute leben, erklärt das Gesetz die Ehe, wenn auch nur ein Gatte zur Zeit der Vermählung sich zur katholischen Religion bekannte, ohne darauf zu sehen, ob in der Folge auch der katholisch gewesene Theil zur akatholischen Religion übergegangen ist, weil es vermuthet, daß der katholische Theil nur nach seinen Religions-Grundsätzen, also unauflöslich, die Ehe geschlossen und der akatholische Theil sich diesem Grundsatze der herrschenden Religion unterworfen habe, da er sich mit einer katholischen Person verehelichte, von der er wußte, daß sie vermöge ihres Glaubens nur eine bey Lebzeiten unauflösliche Ehe eingehen könne. Dem nachherigen Uebertritte des katholischen Theiles zur akatholischen Religion wollte und konnte der Gesetzgeber keine Folge geben, theils weil es rechtlich nicht angehet, daß die einmahl gegründete Festigkeit des Ehevertrages durch die einseitige Handlung des einen Ehegatten erschüttert werde, theils weil dann bey gemischten Ehen offenbare Gefahr der Vervielfältigung solcher Uebertritte zum Nachtheile der katholischen Religion herbeygeführt würde.

4. In eine weitere Entwickelung der beyden Sätze des §. 111 kann ich mich hier nicht einlassen. Das Mehrere hievon wird bey

Erklärung des §. 116 vorkommen, wo von der Auflösbarkeit aller Arten der gemischten Ehen weitläufiger gehandelt werden soll. Hier will ich nur noch in Kürze bemerken, wie die drey zum Theil problematischen Ausnahmsfälle des canonischen Rechtes, die in den vorhergehenden §§. 186—188 angeführt worden sind, nach dem Oesterreichischen Rechte zu entscheiden seyn dürften, weil sich diese Entscheidung aus dem bisher über die Unauflösbarkeit einer gültigen Ehe Gesagten leicht begreifen läßt.

§. 191.

Entscheidung der drey problematischen Fälle des canonischen Rechtes nach dem Oesterreichischen.

1. Das Oesterreichische Gesetzbuch läßt die Trennung der Ehe zwischen Katholiken, oder wo wenigstens ein Theil schon zur Zeit der Verehelichung katholisch war, nur durch den Tod, also nicht durch den Ehebruch des einen Ehegatten zu. Es hält sich also in diesem Stücke nach der Vorschrift des Conciliums von Trient. Auch gestattet es nicht, daß ein nicht unirter griechischer Ehegatte, der von seinem eben derselben Religion zugethanenen Gegentheile wegen Ehebruchs getrennt worden ist, und nach dem canonischen Rechte der Griechen sich mit einer unirten griechischen Person gültig verehelichen könnte, mit einer solchen Person eine gültige Ehe eingehe. Denn das zur Erläuterung des §. 119 des b. G. B. erlassene Hofdecret vom 26. August 1814, Nr. 1099 der J. G. S. erlaubt den getrennten akatholischen Personen bey Lebzeiten des getrennten Gegentheils nur mit akatholischen Personen, wozu unirte Griechen nicht mehr gehören, eine gültige Ehe zu schließen.

2. In Ansehung der Frage: ob die zwischen zwey ungläubigen Personen geschlossene Ehe nach dem Uebertritte des einen Theils zur christlichen Religion wegen Weigerung des im Unglauben verbliebenen Theiles mit dem Bekehrten zusammen zu wohnen, dem Bande nach aufgelöset werden könne, schließt sich das Oesterreichische Recht ebenfalls an das canonische an, nicht an die Meinung der neuern Theologen. In den Oesterreichischen Staaten, wo es weder Heiden noch Muhamedaner gibt, können

Digitized by Google

hierbey nur die Juden in Betrachtung kommen. Ueber Jüdische Ehen aber verfügt der §. 136 des b. G. B., daß zwar durch den bloßen Uebertritt eines jüdischen Ehegatten zur christlichen Religion die Ehe nicht aufgelöset werde; daß sie aber aus den in den §§. 133 — 135 des b. G. B. angeführten Ursachen (d. i. wegen eines von der Ehegattinn begangenen Ehebruches und mit wechselseitiger freyer Einwilligung vermittelst eines von dem Manne der Frau gegebenen Scheidebriefes) getrennt werden könne. Von der Zulässigkeit der Trennung einer Judenehe nach dem Uebergange des einen Ehegatten zur christlichen Religion sprechen auch die Hofdecrete vom 28. Junius 1806, Nr. 771 der J. G. S., vom 6. Januar 1822[1] und vom 9. May und 19. Julius 1827[2].

3. Was endlich die Auflösung einer geschlossenen, aber mittelst Beywohnung noch nicht vollzogenen Ehe durch Ablegung feyerlicher Gelübde betrifft, so ist hierin das Oesterreichische Recht noch strenger als das canonische. Es verwirft eine solche Auflösung, da es im §. 111 unbedingt festsetzt, daß das Band einer gültigen Ehe zwischen katholischen Personen nur durch den Tod des einen Ehegatten getrennt werden könne, ohne einen Unterschied zu machen, ob die gültig geschlossene Ehe bereits durch den Beyschlaf zur Vollziehung gekommen sey oder nicht.

B. Trennung durch den vermutheten Tod.

§. 192.

Todeserklärung, Zweck und Eintheilung derselben.

1. Bisweilen wird der Tod eines Ehegatten gesetzlich vermuthet, und die Ehe von dem Gesetze als getrennt betrachtet, dieß ist der Fall bey Verschollenen, über welche eine gerichtliche Todeserklärung erfolgt ist. Von dieser haben wir nun nach Anleitung des a. b. G. B. ausführlicher zu handeln.

2. Wenn man von dem Aufenthalte und Leben oder Tod eines Abwesenden oder Vermißten durch längere Zeit, ungeachtet

---

[1] Politische Gesetze und Verordnungen B. 50, Nr. 3.

[2] Wagner's Zeitschrift vom Jahre 1827, 5. Heft, S. 211. Politische Gesetze und Verordnungen B. 55, Nr. 88.

Digitized by Google

aller Nachforschungen, keine Nachricht hat, so sagt man, er sey verschollen. Solche Verschollene pflegt man jetzt oft gerichtlich für todt erklären zu lassen. Gemeiniglich sucht man die Todeserklärung zu dem Zwecke bey Gerichte an, um Sachenrechte, die den ansuchenden Personen auf den Todesfall des Verschollenen durch die Gesetze vorbehalten sind, geltend machen zu können; z. B. um als testamentarische oder gesetzliche Erben das zurückgelassene Vermögen des Verschollenen, um als Substituten oder verbundene Miterben eine ihm angefallene Erbschaft, als Collegatare ein ihm hinterlassenes Vermächtniß zu erlangen, bisweilen auch um sich von einer Real-Last zu befreyen, die aus dem Rechte des Verschollenen entsteht, und mit dessen Tode zu erlöschen hat; z. B. von der Servitut des Nießbrauches an einem Gute oder Capitale. Deßwegen wollen wir diese Art der Todeserklärung die gemeine, oder die auf Uebertragung der Sachenrechte abzielende nennen. Es geschieht aber auch nicht selten, daß der zurückgebliebene Ehegatte des Verschollenen um dessen Todeserklärung in der Absicht wirbt, um seine vorige Ehe als getrennt betrachten und zu einer neuen Ehe schreiten zu können. Dieser Todeserklärung, welche zum Zwecke hat, dem zurückgelassenen Ehegatten eines Verschollenen die Ausübung des Personen-Rechtes der Wiederverehelichung möglich zu machen, wollen wir, weil dabey mehrere Förmlichkeiten, als bey der ersten zu beobachten sind, den Nahmen der feyerlichen oder der Todeserklärung zum Zwecke der Wiederverehelichung beylegen. Es ist nöthig, bey Behandlung eines Rechts-Institutes sich kurze technische Benennungen zu schaffen, um nicht alle Augenblicke zu weitläufigen Umschreibungen die Zuflucht nehmen zu müssen.

§. 192.

Geschichte des Rechts-Institutes der Todeserklärung in Oesterreich.

1. Das Rechts-Institut der Todeserklärung, sowohl der gemeinen als der feyerlichen, ist in den älteren Zeiten in den zum Erzherzogthume Oesterreich gehörigen Provinzen nicht üblich gewesen, sondern erst durch die neueste Gesetzgebung eingeführt worden. Einem Abwesenden wurden seine Eigenthums- und die

Digitized by Google

ihm während seiner Abwesenheit angefallenen Erbrechte durch 32 Jahre, welche die damahls in Oesterreich geltende Verjährungszeit war, aufbewahrt. Nach Verlauf dieser Zeit erloschen sie und gingen, ohne alle Todeserklärung, an seine Erben oder Miterben, wenn sie dieselben in Anspruch nahmen, allenfalls nach einer vorläufigen, auf ein Jahr und sechs Wochen gestellten, Edictal-Citation über [1]. In Böhmen, Mähren und Schlesien aber waren vermöge alter landesfürstlicher Verordnungen in solchen Fällen Todeserklärungen gewöhnlich. Sie mußten jedoch von Fall zu Fall bey Hofe angesucht werden, und wurden nur dann bewilligt, wenn gezeigt wurde, daß derjenige, um dessen Rechte es sich handelte, schon durch 30 Jahre abwesend und unbekannt geblieben ist. Allein auch in den böhmischen Ländern wurden sie durch das Hofdecret vom 2. Januar 1789, Nr. 944 der Josephinischen J. G. S. abgeschafft, welches so lautet: »Seine Majestät wollen es von den »bisher in den böhmischen Ländern gewöhnlichen Todeserklärun»gen für die Zukunft ganz abkommen machen, und befehlen daher, »daß, wenn auf das Eigenthum eines Abwesenden ein Anspruch »aus dem Grunde geschieht, weil von dessen Daseyn schon durch »30 Jahre nichts mehr bekannt geworden, oder wenn es sich aus »eben dieser Ursache darum handelt, daß ein Gut als caduc er»klärt werde; so soll nur allein der Umstand, daß der Abwe»sende schon durch 30 Jahre von sich nichts habe wissen lassen, »von dem Ansprecher des Eigenthums, oder dem Fiscus bewie»sen, und wenn der dießfällige Beweis hergestellt ist, von dem »Richter noch zum Ueberfluß ein Edict in jener Art, wie es durch »Hofdecret vom 26. August des verflossenen Jahres [2] zur Ein»berufung unbekannter gesetzlicher Erben verordnet worden, aus»gefertiget werden, welches durch ein ganzes Jahr von Quartal »zu Quartal jedes Mahl dreymahl in die öffentlichen Zeitungs-

[1] Cod. Austr. Tom. IV. pag. 580. Erbrechtsordnung für Oesterreich unter der Enns vom 28. May 1720, ob der Enns vom 16. März 1729 tit. 16 §. 2. Suttinger Consvetud. lit. G. pag. 289. Grenek Theat. jur. Austr. pag. 258. Scheidlein Erklärung des Oesterreichischen Provinzial-Rechtes II. Theil. 2. Aufl. pag. 69, 96 — 100.

[2] In der J. G. S. vom Jahre 1788, Nr. 880.

»blätter eindrucken zu lassen, und durch dieses Edict dem abwe»senden Eigenthümer aufzutragen ist, binnen diesem Jahre sich »also gewiß zu melden, widrigenfalls dessen Eigenthum den sich »Anmeldenden, soweit sie einen gesetzmäßigen Anspruch darauf »zu erweisen vermögen, eingeantwortet, oder falls sich Niemand »meldete, oder der Meldende mit dem Beweise nicht aufkäme, »dasselbe als ein caduces Gut nach den Rechten behandelt werden »würde.« Ungefähr das Nähmliche sagt auch das Hofdecret vom 28. December 1791, Nr. 232 der Leopoldinischen J. G. S., nur mit Angabe des etwas längeren, im Erzherzogthume Oesterreich üblichen, Zeitraumes, in Ansehung der dem Verschollenen zuständigen Erbrechte aus. Seine Worte sind: »Die Frist von 32 Jahren, nach »welchen ein Abwesender, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist, für »todt gehalten, und daher auf dessen allfällige Erbrechte keine »Rücksicht genommen wird, ist von jener Zeit an zu rechnen, als »dessen Abwesenheit, ohne seinen Aufenthaltsort zu wissen, be»kannt ist.«

2. Es befremdet daher ein wenig, daß in den §§. 8 und 35 der durch das Hofdecret vom 26. Februar 1796, Nr. 282 der J. G. S. an das Galizische Appellations-Gericht erlassenen Vorschrift für die Verlassenschafts-Abhandlungen, von der gemeinen Todeserklärung so geredet wird, als wenn sie ein bereits bestehendes Institut wäre, ungeachtet sich keine Spur vorfindet, daß sie mittlerweile gesetzlich eingeführt worden wäre. Diese sonderbare Erscheinung läßt sich wahrscheinlich dadurch erklären, daß man in dem damahls zu Stande gebrachten Entwurfe des neuen bürgerlichen Gesetzbuches die gemeine Todeserklärung aufzunehmen für gut befunden hatte, und man eben im Begriffe stand, diesen Entwurf in Galizien zur Probe als sogleich verbindliches Gesetzbuch kund zu machen, wo es dann sehr natürlich zuging, daß man schon in der etwas früher herauszugebenden Vorschrift für die Verlassenschafts-Abhandlung in Galizien an zukommlichen Orten von der Todeserklärung vorläufige Erwähnung machte, um jene Vorschrift nach Kundmachung des Entwurfes als verbindlichen Gesetzes nicht mangelhaft erscheinen zu lassen. Wirklich war der vorgedachte Entwurf für Westgalizien schon durch das Patent vom 8. September 1797 als vom 1. Jannar 1798 wirkendes

Gesetz publicirt, und so das in den §§. 45 — 47, 264 und 265 desselben vorkommende Institut der gemeinen Todeserklärung in Galizien förmlich eingeführt. Als nach ausgehaltener Probe, und einer abermahligen Revision derselbe, in vielen Stücken verbesserte Entwurf, als allgemeines bürgerliches Gesetzbuch durch das Patent vom 1. Julius 1811 für die sogenannten deutschen Länder des Hauses Oesterreich vom 1. Januar 1812 anzufangen in Wirksamkeit gesetzt wurde, ward auch das in die §§. 24, 277 und 278 desselben übergetragene Institut der gemeinen Todeserklärung allgemein ins Leben gerufen.

3. Von einer Todeserklärung zum Zwecke der Wiederverehelichung findet sich selbst in dem Galizischen bürgerlichen Gesetzbuche noch keine Spur. Es mag seyn, worüber ich aber keine Beweise anzuführen im Stande bin, daß man vormahls in den bischöflichen Consistorien, und nachher vielleicht bey den politischen Behörden, von Fall zu Fall die Wahrscheinlichkeit des Todes eines verschollenen Ehegatten untersucht, und dem zurückgelassenen nach Befund der Sache die Erlaubniß, zu einer andern Ehe zu schreiten, entweder verweigert oder ertheilt habe. Zur Wirksamkeit der Justizstellen gehörten ehedem dergleichen Untersuchungen sicher nicht. Allein bald nach Kundmachung des Galizischen bürgerlichen Gesetzbuches wurde auch diese Art der Todeserklärung in Anregung gebracht. Als nähmlich gegen das Ende des verflossenen Jahrhundertes die Menschenmasse durch Revolution und Kriege heftig untereinander gerüttelt wurde, geschah es nicht selten, daß Leute vermißt wurden, und troß allen Nachforschungen von ihrem Daseyn und Aufenthalte nichts zu erfragen war. Oefters wünschte der zurückgelassene Ehegatte eines Verschollenen, weil er diesen für todt hielt, eine neue Ehe einzugehen; fand aber Anstände, da er keinen Todtenschein beybringen konnte. Weil in dem damahligen Gesetzen keine ausdrückliche Entscheidung über die Frage: ob und unter welchen Vorsichten allenfalls dem zurückgelassenen Ehegatten eines Verschollenen die Wiederverehelichung zu gestatten sey, anzutreffen war, so sah man sich nun genöthiget, diese Frage in ernstliche Erwägung zu ziehen. Nach weitläufigen und langwierigen Verhandlungen, an denen auch die juridische Facultät der Wiener hohen Schule Antheil nahm, erschien endlich das

Digitized by Google

Hofdecret der obersten Justizstelle vom 22. Julius 1803, Nr. 619 der J. G. S. folgenden Inhalts: »Wenn ein Ehegatte um die »Erlaubniß einer zweyten Verehelichung aus dem Grunde wirbt, »weil er den anderen wegen dessen längeren Abwesenheit für todt »hält, ist jedes dergleichen Gesuch von Fall zu Fall an das be»treffende Landrecht, oder wo keines besteht, an die gehörige In»stanz zu weisen, und der Kammerprocuratur, oder, wo keine »besteht, einem andern Defensori matrimonii die Vertretung »des Abwesenden dahin, daß er noch am Leben seyn könne, auf»zutragen. Würde dann das Landrecht oder die gehörige Instanz »auf die Bewilligung eines solchen Gesuches eintathen, und hier»über im ordentlichen Wege die höchste Genehmigung einhohlen »zu dürfen erachten, so hat dasselbe oder dieselbe noch vorher »die dießfälligen Gründe dem betreffenden Ordinariate, oder, wenn »es eine Militär-Person ist, dem Apostolischen Vicar Seiner »Majestät Armee zur Einsicht und gutächtlichen Aeußerung, ob in »Ansehung des Sacramentes wider einen neuen Civil-Ehevertrag »kein Bedenken obwalte, mitzutheilen. In Gemäßheit dieser höch»sten Entschließung ist nunmehr ein jeder solcher Fall der unmit»telbaren Entscheidung Seiner Majestät vorbehalten, folglich auch »im ordentlichen Wege dahin zu leiten.« Von dieser Allerhöchsten Entschließung sollten auch die Militär-Instanzen durch die Behörde verständiget werden, wie aus dem Schlusse des über den nähmlichen Gegenstand ergangenen Hofkanzley-Decretes vom 5. August 1803 zu ersehen ist[1]. Der Hofkriegsrath paßte dieselbe den besondern, bey dem Militär vorkommenden, Verhältnissen an, bestimmte näher ihre Anwendung in den Militärgränzen wie auch auf Protestanten, und erließ deßwegen an die sämmtlichen Militärbehörden eine eigene Vorschrift, welche durch ein Decret der vereinigten Hofkanzley vom 4. December 1803 auch den sämmtlichen Länderstellen mitgetheilt wurde[2]. Der Inhalt davon wird am gehörigen Orte angegeben werden. So wurde nun auch die auf Wiederverehelichung abzweckende Todeserklärung gesetzlich eingeführt. In den §§. 62 — 64 des Ehepatentes für Salzburg

[1] Politische Gesetze und Verordnungen B. 20, Nr. 12.
[2] J. G. S. Nr. 228; Pol. G. S. 20. B. Nr. 40.

Digitized by Google

vom 13. April 1808 erscheinen die wesentlichen Bestimmungen des oben erwähnten Hofdecretes, mit einigen die Erfordernisse und das Verfahren betreffenden Zusätzen, bereits eingeschaltet. So normirt überging diese Art der Todeserklärung endlich in die §§. 112 — 114 des im Jahre 1811 kundgemachten allgemeinen bürgerl. Gesetzbuches, nur mit Hinweglassung jener Stelle, die von der Mittheilung der Gründe an das Ordinariat oder den Apostolischen Vicar der k. k. Armee redet.

4. Wir haben uns bloß mit der Todeserklärung zu beschäftigen, welche die Wiederverehelichung des von einem Verschollenen zurückgelassenen Ehegatten bezweckt; werden jedoch öfters in die Lage kommen, auch auf die gesetzlichen Bestimmungen über die gemeine Todeserklärung zurück zu sehen.

§. 194.

Die feyerliche Todeserklärung ist nie von Amtswegen, sondern nur auf Ansuchen einzuleiten.

Die feyerliche Todeserklärung soll der Person, die bereits verehelichet war, den Weg zu einer neuen Ehe bahnen. Sie ist daher keine Sache, die unmittelbar das öffentliche Interesse berührt; sie betrifft zunächst nur das Privat-Interesse des Ehegatten, der zu einer neuen zu Ehe schreiten wünscht, weil er seinen verschollenen Ehegenossen für todt hält. Dieß ist der Grund, warum sie nicht von Amtswegen eingeleitet werden kann, sondern von dem auf die Wiederverehelichung denkenden Ehegatten des Abwesenden bey der Behörde angesucht werden muß. Das Gesuch geht nach §. 112 des allg. bürgerl. Gesetzbuches dahin, das Gericht wolle erklären, daß der Abwesende für todt zu halten und die Ehe getrennt sey.

§. 195.

Behörde, bey welcher sie anzusuchen ist.

Die Gerichtsbehörde, bey welcher das Ansuchen um eine Todeserklärung zum Zwecke der Wiederverehelichung geschehen soll, ist nach eben demselben §. 112 das Landrecht des Bezirkes, wo der zurückgelassene Ehegatte des Verschollenen seinen Wohnsitz hat,

Digitized by Google

nicht also das Landrecht, in dessen Gerichtsbezirke vormahls der verschollene Ehegenosse wohnte, wenn letzteres von dem ersteren verschieden seyn sollte. Diese Angelegenheit wurde den Landrechten zugewiesen, weil die Todeserklärung, um die es sich hier handelt, im bürgerlichen Gesetzbuche als eine gesetzlich vermuthete Trennung der Ehe behandelt wird, die Trennung aber zur Jurisdiction der Landrechte gehört. In den Provinzen Böhmen, Mähren mit Einschluß des Oesterreichischen Antheiles von Schlesien, Oesterreich unter der Ens und Steyermark, gibt es in jeder nur Ein kaiserliches Landrecht, bey welchem daher alle die Wiederverehelichung bezweckenden Gesuche um Todeserklärungen aus der ganzen Provinz anzubringen sind. Galizien aber, die Bucowina mitbegriffen, hat vier Landrechte, in Lemberg, Tarnow, Stanislawow und Czernowitz, denen eigene Bezirke zugewiesen sind. Hier gehören also vor jedes Landrecht nur die Todeserklärungen, welche von den Bewohnern des demselben zugewiesenen Bezirkes angesucht werden. In den Ländern Oesterreich ob der Ens, Salzburg, Kärnthen und Krain sind die daselbst bestehenden Stadt- und Landrechte für die ganze Provinz in dergleichen Angelegenheiten competent. Im Küstenlande existiren drey Stadt- und Landrechte, zu Triest, Görz und Rovigno, die besondere ihnen zugetheilte Bezirke haben, in welchen ihnen die Gerichtsbarkeit in Fällen der einer Wiederverehelichung wegen angesuchten Todeserklärung zukommt. In Tyrol, mit Inbegriff von Vorarlberg, gibt es ein Stadt- und Landrecht zu Innsbruck, und Collegial-Gerichte zu Botzen, Trient und Roveredo. Die Todeserklärungen zum gedachten Zwecke stehen nur dem ersteren zu. Im Lombardisch-venetianischen Königreiche kennt man weder Landrechte, noch Stadt- und Landrechte, sondern es bestehen daselbst in größeren Städten nur Collegial-Gerichte oder Tribunale erster Instanz, welche aber auch bey Todeserklärungen die volle Gerichtsbarkeit in ihrem Bezirke auszuüben haben. Welchem Gerichtsstande die zum Militär-Körper gehörigen Personen in der oft erwähnten Angelegenheit unterworfen seyen, wird an einem anderen Orte angezeigt werden.

Digitized by Google

§. 196.

Erfordernisse zur feyerlichen Todeserklärung.

1. Damit das Ansuchen um die Todeserklärung, welche zur Schließung einer neuen Ehe berechtigen soll, nicht fruchtlos werde, müssen die gesetzlichen Erfordernisse dazu vorhanden seyn. Diese schreibt der §. 112 des bürgerl. Gesetzbuches mit folgenden Worten vor: » Der bloße Verlauf der im §. 24 zur Todeserklärung » bestimmten Zeit, binnen welcher ein Ehegatte abwesend » ist, gibt zwar dem anderen Theile noch kein Recht, die » Ehe für aufgelöset zu halten, und zu einer anderen Ehe » zu schreiten; wenn aber diese Abwesenheit mit solchen » Umständen begleitet ist, welche keinen Grund zu zwei- » feln übrig lassen, daß der Abwesende verstorben sey, so » kann bey dem Landrechte des Bezirkes, wo der zurückge- » lassene Ehegatte seinen Wohnsitz hat, die gerichtliche Er- » klärung, daß der Abwesende für todt zu halten und die » Ehe getrennt sey, angesucht werden. «

2. Man könnte erwarten, daß in Gemäßheit der Aussage des ersten Theiles dieses Paragraphes am Ende des zweyten Theiles die Bestimmung folgen werde: so ist der zurückgelassene Theil berechtiget, die Ehe für aufgelöset zu halten, und sich wieder zu verehelichen. Allein da es nach §. 93 den Ehegatten nicht gestattet ist, die eheliche Verbindung, auch wenn sie unter sich darüber einig wären, eigenmächtig aufzuheben; so ist dieses um so weniger einem Ehegatten ohne Wissen und Willen des anderen erlaubt, sondern hierzu jederzeit die Dazwischenkunft der richterlichen Autorität erforderlich. Die Todeserklärung, von der wir reden, ist eine Art der Aufhebung der ehelichen Verbindung, und zwar eine solche, die von dem zurückgelassenen Ehegatten eines Verschollenen einseitig bezweckt wird. Sie kann also ohne Einschreitung des richterlichen Ansehens nicht vor sich gehen. Daher mußte der Schluß des §. 112 sehr natürlich dahin lauten, daß beym Eintritte der darin bestimmten Erfordernisse die Todeserklärung bey dem zuständigen Gerichte anzusuchen sey.

3. Der angeführte Inhalt des §. 112 macht es sogleich ein-

Digitized by Google

leuchtend, daß das Gesetz zur feyerlichen Todeserklärung mehr fordere, als zu der gemeinen. Die Hauptursache liegt wohl darin, daß bey der ersten nicht bloß Privatrechte in die Frage kommen, sondern daß dabey auch auf die christlichen Religionsgrundsätze, welche die Monogamie zur strengen Pflicht machen, Rücksicht genommen werden muß. Ohne vermehrte Erfordernisse könnte es öfters geschehen, daß der zurückgelassene Ehegatte noch bey Lebzeiten des Verschollenen eine andere Ehe einginge, also polygamisch würde. Dergleichen sich ereignende Fälle könnten zu Beschwerden der Geistlichkeit gegen das Verfahren der Gerichtsbehörden Anlaß geben, bey dem Volke Aufsehen erregen, und Aergerniß verbreiten. Zudem würden bey der Wiedererscheinung des zu voreilig für todt erklärten Ehegatten die Verhältnisse zwischen den alten und neuen Eheleuten Veränderungen unterliegen, welchen nach Möglichkeit vorzubeugen, Moral und Klugheit gebiethen. Die längst aufgehobene Gemeinschaft zwischen dem verschollenen und dem zurückgebliebenen Ehegatten müßte, vielleicht mit Widerwillen des letzteren, wieder hergestellt, und die bestehende zwischen den neuen Eheleuten gegen den Willen des einen oder des anderen Theiles, wohl auch beyder, aufgehoben werden. Dieses könnte moralische, für die Ruhe der erneuerten Verbindung sehr nachtheilige, Unordnungen herbeyführen. Wären aus der zweyten Ehe des von dem Verschollenen zurück gelassenen Ehegatten bereits Kinder vorhanden, so könnten diese leicht in eine sehr traurige Lage gerathen. Sie dürften vielleicht nach §. 160 des bürgerl. Gesetzbuches als uneheliche Kinder angesehen werden, weil sie in einer solchen Ehe gezeugt worden, welcher das im §. 62 angeführte Hinderniß des noch bestandenen Ehebandes entgegen stand. Nicht einmahl die schuldlose Unwissenheit beyder Aeltern scheint denselben die Rechte ehelicher Kinder zu verschaffen. Es ist aber bekannt genug, wie schlecht für den Unterhalt, die Erziehung und das Fortkommen unehelicher Kinder gewöhnlich gesorgt werde. Durch solche Betrachtungen fand sich die Gesetzgebung bewogen, die auf Wiederverehelichung abzielende Todeserklärung durch Festsetzung strengerer Erfordernisse und mehrerer Förmlichkeiten im Verfahren, als für die gemeine vorgeschrieben sind, zu erschweren.

4. Um die Todeserklärung zum Zwecke der Wiederverehelichung

chung ansuchen zu können, reicht es nach den klaren Worten des §. 112 nicht hin, daß die im §. 24 zur gemeinen Todeserklärung bestimmte Zeit der Abwesenheit eines Verschollenen schon verlaufen, sondern es wird zugleich noch erfordert, daß diese Abwesenheit mit solchen Umständen verbunden sey, welche allen Zweifel über den Tod des Abwesenden zu heben vermögend sind. Somit gibt es zwey Erfordernisse, welche eine Todeserklärung, die zum Zwecke der Wiederverehelichung angesucht wird, voraussetzt: 1. Eine durch den im §. 24 zur Todeserklärung überhaupt festgesetzten Zeitraum fortdauernde Abwesenheit oder Vermissung des einen Ehegatten; 2. das Zusammentreffen solcher Umstände bey dieser Abwesenheit, daß kein Grund zu zweifeln übrig bleibt, der Verschollene sey wirklich todt. Das erste Erforderniß ist der gemeinen sowohl als der feyerlichen Todeserklärung gemeinschaftlich, das zweyte nur der letzteren eigen. Wir wollen beyde näher beleuchten.

§. 197.

Erstes Erforderniß.

1. Das erste Erforderniß der Todeserklärung zum Zwecke der Wiederverehelichung besteht darin, daß die Zeit bereits verstrichen sey, binnen welcher nach §. 24 der Verschollene abwesend oder vermißt seyn muß, um dessen gemeine Todeserklärung ansuchen zu können. Die gemeine Todeserklärung kann nach eben diesem §. 24 in allen Fällen angesucht werden, in welchen der Tod des Verschollenen vermuthet wird. Der Tod eines Abwesenden oder Vermißten aber wird in drey Fällen, die oben gedachter Paragraph aufzählt, vermuthet. Man kann daher auch sagen, das erste Erforderniß zu einer feyerlichen Todeserklärung bestehe darin, daß bey dem Verschollenen einer von denjenigen Umständen eintreffe, unter welchen das Gesetz den Tod desselben vermuthet. Wir wollen diese Umstände einzeln durchgehen, und bey jedem den Grund aufsuchen, warum er eine gesetzliche Vermuthung des Todes erzeuge.

2. Der Tod eines Verschollenen wird vermuthet:

a) wenn seit seiner Geburt ein Zeitraum von 80 Jahren verstrichen, und der Ort seines Aufent-

halles durch 10 Jahre unbekannt geblieben ist. Der Grund dieser Vermuthung liegt darin, daß das Gewöhnliche zu vermuthen, und es gewöhnlich sey, daß der Mensch das achtzigste Jahr seines Alters nicht überlebe. Da jedoch bisweilen doch das Gegentheil eintritt, so fordert das Gesetz überdieß noch den Umstand, daß der Ort seines Aufenthaltes wenigstens durch 10 Jahre (die natürlich von dem Zeitpuncte an, als seine Abwesenheit, ohne seinen Aufenthaltsort zu wissen, bekannt ist, zu berechnen sind [1]), unbekannt geblieben sey. Dadurch wird die Vermuthung des Todes ungemein bestärkt, weil es sehr wahrscheinlich ist, daß der Abwesende, wenn er noch am Leben wäre, während dieses langen Zeitraumes seinen Angehörigen, Freunden oder Bekannten von seiner Existenz eine Nachricht gegeben hätte, oder daß diese sonst auf eine andere Weise etwas davon erfahren haben würden.

b) Ohne Rücksicht auf den Zeitraum von seiner Geburt, wenn er durch 30 volle Jahre unbekannt geblieben ist. Diese Vermuthung stützt sich auf den hohen Grad von Unwahrscheinlichkeit, daß von dem Daseyn und Aufenthaltsorte eines Menschen binnen 30 Jahren keine Spur entdeckt worden seyn sollte, wenn er sich noch am Leben befände. Es kommt in diesem Falle gar nicht darauf an, wie viele Jahre bereits von seiner Geburt an verstrichen sind, er wird als todt vermuthet, obgleich er um diese Zeit noch nicht das gewöhnliche höchste Ziel des menschlichen Lebens erreicht haben sollte. Die um 20 Jahre verlängerte Zeit der Abwesenheit erzeugt hier ungefähr eine eben so große Wahrscheinlichkeit des Todes, als im ersten Falle die zehnjährige Abwesenheit verbunden mit der gewöhnlichen höchsten Lebensdauer. Die 30 Jahre sind auch hier von der Zeit an zu berechnen, als er vermißt wurde, oder sich abwesend befindet, ohne daß man seinen Aufenthaltsort weiß und von seiner Existenz etwas gehört hat. Hätte man also während der 30 Jahre ein Mahl seinen Aufenthaltsort erfahren, so könnte die Berechnung der 30 Jahre erst von der Zeit an geschehen, als man die letzte Nachricht von seinem Daseyn erhalten hat.

---

[1] Hofdecret vom 28. December 1791, Nr. 232 der Leopoldinischen J. G. S.

c) Wenn er im Kriege ſchwer verwundet worden, oder wenn er auf einem Schiffe, da es ſcheiterte, oder in einer andern nahen Todesgefahr geweſen iſt, und ſeit der Zeit durch drey Jahre vermißt wird. Es liegt in der Natur des Menſchen, daß er, wenn er in eine nahe Todesgefahr gerathen und derſelben glücklich entronnen iſt, ſeine Angehörigen, Freunde und Bekannte ſo bald möglich in die Kenntniß der überſtandenen Gefahr zu ſetzen trachtet. Wenn man Gewißheit hat, daß er ſich in einer ſolchen gefahrvollen Lage befunden habe, und er doch binnen 3 Jahren weder ſelbſt erſcheint, noch den Seinigen eine Nachricht von ſeinem Leben zukommen läßt, ſo iſt es wohl ſehr wahrſcheinlich, daß er in der Gefahr umgekommen ſey. Hierauf beruhet die geſetzliche Vermuthung ſeines Todes in dieſem dritten Falle. Als Beyſpiele einer nahen Todesgefahr führt das Geſetz an eine ſchwere Verwundung im Kriege und die Gegenwart auf einem Schiffe zur Zeit des Schiffbruches. Dergleichen lebensgefährliche Situationen können aber auch durch Ueberſchwemmungen, Feuersbrünſte, Erdbeben, Schneelavinen, Bergſtürze, Exploſion der Pulvermagazine, Zerſpringen großer Keſſel auf Dampfböten, Fallen in's Waſſer ohne Auffindung des Körpers, räuberiſche Anfälle und noch auf viele andere Arten herbeygeführt werden. Die Todesgefahr aber, in welcher ſich der durch 3 Jahre Vermißte befand, muß eine nahe geweſen ſeyn. Eine leichte Verwundung im Kriege oder die Anweſenheit auf einem Schiffe während eines gefährlichen Sturmes ohne andere bedenkliche Umſtände würde alſo zur Begründung der Vermuthung des Todes nicht hinreichen. So ſcheint auch hierzu nicht zu genügen, wenn es zwar gewiß wäre, daß der Vermißte mit einem Schiffe, das in der Folge ſcheiterte, abgefahren ſey, aber nicht bewieſen werden könnte, daß er ſich zur Zeit des Scheiterns noch auf dem Schiffe befand. In dergleichen Fällen würde die Vermuthung für den Tod erſt dann Statt finden, wenn der zweyte oder der erſte Fall eintritt [1].

1 Vergl. die Commentare des Hofrathes v. Zeiller, Regierungsrathes v. Scheidlein, und kaiſerl. Rathes und Profeſſors Schuſter zum §. 24 des allg. bürgerl. Geſetzbuches.

§. 198.

Zweytes Erforderniß.

1. Als das zweyte Erforderniß der auf Wiederverehelichung abzweckenden Todeserklärung wurde §. 195 angegeben: daß die im vorhergehenden §. 196 erklärte Abwesenheit des Verschollenen binnen einem gewissen Zeitraume mit solchen Umständen begleitet sey, welche keinen Grund zu zweifeln übrig lassen, daß der Abwesende verstorben sey. Sowohl aus der §. 192 gelieferten Entstehungsgeschichte dieses Rechts-Institutes, als aus der Tertirung und dem Zusammenhange des §. 112 des bürgerl. Gesetzbuches geht deutlich hervor, daß zu dieser Todeserklärung, außer den im §. 24 bezeichneten Eigenschaften der Abwesenheit des Verschollenen, auch andere sie begleitende und die Wahrscheinlichkeit des Todes noch fester begründende Umstände erforderlich sind. Worin aber diese bestehen können, wird nirgends auch nur beyspielweise angedeutet. Wenn die geforderten Umstände keinen Grund an dem Tode des Verschollenen zu zweifeln übrig lassen sollen, so scheinen sie von solcher Beschaffenheit seyn zu müssen, daß durch sie ein Beweis des Todes hergestellt wird, weil nur der Beweis allen Zweifelgrund niederschlägt. Man könnte daher auf die Meinung verfallen, daß der §. 112 einen ordentlichen Beweis des erfolgten Todes vorschreibt, nur mit dem Unterschiede, daß derselbe kein Beweis durch Todtenschein seyn darf. Allein in der Folge (§. 224) wird es sich zeigen, daß, wenn der Tod des Verschollenen gerichtsordnungsmäßig, auch ohne Todtenschein, bewiesen werden kann, es nicht nöthig sey, eine Todeserklärung anzusuchen. Es kann also im §. 112 nur von solchen Umständen der Abwesenheit die Rede seyn, die zwar von den Umständen des §. 24 verschieden, aber verbunden mit diesen so entscheidend sind, daß daraus ein unzweifelhafter Schluß, der Verschollene sey gestorben, gezogen werden kann, oder mit andern Worten, welche in Verbindung mit den Umständen des §. 24 dem Richter die subjective Ueberzeugung von dem Tode des Verschollenen verschaffen können.

2. Welche sind nun dergleichen Umstände? Es ist einleuchtend, daß sich hierüber, da es hauptsächlich auf subjective Gewißheit ankommt, keine eigentliche Regel aufstellen läßt, sondern nur

Beyspiele angeführt werden können. So wird wohl der Richter kaum mehr einen Grund haben, an dem Tode des Verschollenen zu zweifeln, wenn in Ansehung des letztern die Umstände zweyer im §. 24 angeführten Fälle, in so weit dieses möglich ist, zusammen treffen, sey es, die des ersten mit denen des zweyten oder dritten, oder eines von diesen beyden mit den des andern. Denn, wenn schon die Umstände nur eines solchen Falles eine so große Wahrscheinlichkeit des eingetretenen Todes erzeugen, daß dieser gesetzlich vermuthet wird, und die gemeine Todeserklärung zur Folge haben kann, so müssen die vereinigten Umstände von zwey solchen Fällen, welche die Wahrscheinlichkeit des Todes verdoppeln, nach dem Sinne des Gesetzes für den Richter gewiß hinreichende Gewißheit hervorbringen, um auf die feyerliche Todeserklärung zu erkennen. So dürfte es zur Ueberzeugung des Richters auch nicht wenig beytragen, wenn in dem ersten oder zweyten Falle des §. 24 der Umstand hinzukäme, daß ein unbedenklicher Zeuge, der den Verschollenen kannte, und mit ihm an einem entfernten Orte öfters zusammentraf, bestimmt aussagte, er habe denselben todt gesehen, oder dessen Nahmen in dem Todtenverzeichnisse des Ortes gelesen und ihn nachher nicht wieder zu Gesichte bekommen; oder daß eine ganze Gemeinde bezeugte, es sey in ihrem Bezirke um die Zeit, von welcher an alle Nachrichten von dem Verschollenen fehlen, eine Person todt gefunden worden, die nach der Beschreibung mit ihm die größte Aehnlichkeit hatte; oder daß an dem Orte, wo sich der Abwesende zuletzt befand, um dieselbe Zeit, als keine Nachrichten von seinem Daseyn mehr vorhanden sind, die Pest oder eine ansteckende Seuche geherrscht, und eine unzählige Menge von Menschen, die nicht alle in Verzeichnisse gebracht wurden, hinweggerafft habe. Im dritten Falle würde der hinzutretende Umstand vom Gewichte seyn, daß eine schleunige Hülfe für den im Kriege schwer Verwundeten damahls unmöglich war; daß die feindliche Cavallerie über den Platz, wo er im Blute schwimmend lag, im vollen Galopp gesprengt sey; daß der siegende Feind die auf dem Schlachtfelde Liegenden ihrem Schicksale überlassen habe, oder daß der in einem Schiffbruche vermißte von denjenigen, die das Glück hatten, sich zu retten, in dem Meere gegen die Wogen mühselig ankämpfend, oder an einem Brete hängend, und um Hülfe,

Digitized by Google

die ihm unter den damahligen Umständen nicht werden konnte, schreyend gesehen worden sey ꝛc. Selbst die körperliche oder Gemüthsbeschaffenheit, oder die persönlichen Verhältnisse des Abwesenden oder Vermißten können die Wahrscheinlichkeit, daß er nicht mehr am Leben sey, sehr erhöhen. Welcher Richter wird nicht geneigt seyn, in einem oder dem andern Falle des §. 24 an den Tod eines Verschollenen zu glauben, der öfters acuten Krankheiten unterworfen gewesen, oder schon mit einer chronischen Krankheit behaftet, verschwunden ist; der jederzeit ein toller Wagehals war, und sich muthwillig den augenscheinlichsten Lebensgefahren aussetzte, oder der äußerst melancholisch herum ging und immer vom Selbstmorde redete; der als ein an häusliches Leben gewohnter Mann sich aus einer bekannten Ursache auf einige Zeit in Geschäften entfernte, zu Hause ein beträchtliches Vermögen, theure Aeltern, eine liebende Gattinn und geliebte Kinder hinterließ, mithin alle Beweggründe zu den Seinigen nach geendigtem Geschäfte zurückzukehren hatte, und doch nach Verlauf vieler Jahre weder zurückkehrt, noch etwas von sich verlauten läßt? Ueberhaupt darf man in solchen Fällen die Zweifelsucht nicht zu weit treiben, sonst verfällt man leicht in das Extrem, noch mehr zu verlangen, als den ordentlichen Beweis durch Todtenschein, der selbst nicht allen Zweifel über die Identität der Person hebt, besonders wenn er aus entfernten Gegenden oder gar aus fremden Landen eingeschickt wird.

3. Nach dieser Darstellung wird es von selbst einleuchten, wie sehr es jeder Partey, welche eine Todeserklärung zum Zwecke der Wiederverehelichung anzusuchen im Begriffe steht, anzurathen sey, in dem Gesuche alle ihr bekannten, die Abwesenheit des verschollenen Ehegatten begleitenden, Umstände genau anzuführen, da sie nicht im Voraus zu berechnen im Stande ist, welche von denselben mitwirken können, um bey dem Richter die subjective Ueberzeugung, daß der Abwesende nicht mehr am Leben sey, hervorzubringen.

§. 199.

Die in den Erfordernissen zur Todeserklärung begriffenen Umstände müssen bewiesen werden.

Da der Richter keinen Umstand, durch welchen die Gewäh-

rung eines Gesuches durch das Gesetz bedingt ist, als wahr annehmen darf, wenn er nicht bewiesen ist, so folgt, daß der die Todeserklärung ansuchende Ehegatte nicht nur jene Umstände, die nach §. 24 die gesetzliche Vermuthung des Todes seines verschollenen Ehegatten begründen, sondern auch diejenigen, welche nach §. 112 diese Vermuthung zu einem so hohen Grade der Wahrscheinlichkeit steigern sollen, daß dem Richter kein Grund mehr an dem Tode des Verschollenen zu zweifeln übrig bleibt, zu beweisen, oder dem Richter wenigstens die Behelfe zu diesem Beweise an die Hand zu geben habe. Diese Behelfe können ordentlicher Weise nur Urkunden oder Zeugen seyn. Das überschrittene Alter von 80 Jahren wird durch Beylegung des Taufscheines des Verschollenen erwiesen. Der Beweis der Abwesenheit oder Vermissung durch den gesetzlich bestimmten Zeitraum von 10, 30 oder 3 Jahren ist in der Regel durch ein nach Vernehmung der Angehörigen, Freunde und Bekannten des Verschollenen ausgestelltes Zeugniß der politischen Obrigkeit, oder bey verschollenen Militär-Personen der Militär-Behörden, zu führen. Doch würde auch hinreichend seyn, diejenigen Personen, welche Zeugenschaft ablegen können, daß über des Verschollenen Leben und Aufenthaltsort binnen der erwähnten Zeit keine Nachrichten vorhanden sind, in dem Gesuche bloß nahmhaft zu machen. Der Richter kann sie dann selbst vernehmen und die Wahrheit dieses Umstandes erheben. Die schwere Verwundung des Vermißten im Kriege, dessen Anwesenheit in einem gescheiterten Schiffe, oder überhaupt die nahe Todesgefahr, in welcher sich dasselbe befand, können gewöhnlich nur durch Zeugen, bisweilen aber auch durch Urkunden, z. B. Schiffslisten oder andere Personenverzeichnisse dargethan werden. Eben so können zum Beweise der übrigen Umstände, die außer den im §. 24 verzeichneten dem Richter die völlige Ueberzeugung von dem Tode des Abwesenden verschaffen sollen, in der Regel nur Zeugen gebraucht werden; doch können manchmahl auch Urkunden zu diesem Zwecke dienen, z. B. ein hinterlassener Brief des Vermißten, daß er sich zu ertränken den Entschluß gefaßt habe.

Digitized by Google

§. 200.

Einleitung des gerichtlichen Verfahrens.

Ist ein Gesuch um Todeserklärung zum Zwecke der Wiederverehelichung eingekommen, so hat der Richter zuvörderst Einsicht zu nehmen, ob es auf die im §. 112 des a. b. G. B. angeführten Erfordernisse gestützt und mit den gehörigen Beweismitteln belegt sey. Findet er, daß dieses nicht der Fall ist, so kann er meines Erachtens dasselbe nicht sogleich ohne weiters zurückweisen. Denn diese Todeserklärung wird im a. b. G. B. als eine vermuthete Trennung der Ehe behandelt. Es muß daher bey derselben auf die bey der Trennung und Ungültigerklärung der Ehe vorgeschriebene Art verfahren werden. Bey dieser aber ist durch den §. 15 der Vorschrift über das Verfahren in streitigen Eheangelegenheiten angeordnet, daß der Richter, wenn er das Gesuch des Ehegatten auffallend ungegründet findet, denselben vorerst allein vorladen, und durch zweckmäßige Vorstellungen, wo möglich, dahin vermögen soll, von seinem Vorhaben abzustehen. Dieses hat also der Richter auch bey der Todeserklärung zu beobachten. Da ferner bey derselben der Richter immer ämtlich vorzugehen und die §. 21 und 22 der Galizischen Gerichtsordnung, wie bey der Ungültigerklärung und Trennung der Ehe, in Anwendung zu bringen hat; nach denselben aber der Richter darauf sehen muß, daß die Partey in ihrem Rechte aus Abgang der Förmlichkeiten nicht leide, und daß ihr die Unfähigkeit, das Factum und ihre Behelfe deutlich vorzulegen, nicht zum Schaden gereiche, so steht auch nichts im Wege, daß der Richter dem Bittsteller eine Belehrung ertheile, was für Behelfe er seinem Gesuche um Todeserklärung nachträglich noch beyzulegen habe, damit er sich nicht vergebliche Mühe und Kosten mache. Ist nun das Gesuch besser instruirt worden, oder ist der Gesuchsteller nicht zu bewegen, sein scheinbar grundloses Gesuch zurückzunehmen, oder ist gleich Anfangs ein gehörig begründetes Gesuch um die Todeserklärung zum Zwecke der Wiederverehelichung bey dem competenten Gerichte eingereicht worden, so muß der Richter das vorgeschriebene Verfahren einleiten, um nach Beendigung desselben zur Todeserklärung schreiten zu können.

2. Dieses Verfahren hat zwar vieles mit demjenigen gemein,

Digitized by Google

welches für die gemeine Todeserklärung im §. 277 und einigen einzelnen Verordnungen vorgezeichnet ist; es sind jedoch dabey wegen der Wichtigkeit der vorzunehmenden Handlung mehrere besondere Vorsichten angeordnet, die bey der gemeinen Todeserklärung nicht Statt finden. Die Einleitung dieses Verfahrens bestimmt der §. 113 auf folgende Art: »Nach diesem Gesuche wird ein »Curator zur Erforschung des Abwesenden aufgestellt, und der Abwesende durch ein auf ein ganzes Jahr gestelltes und dreymahl den öffentlichen, nach Umständen auch den ausländischen, Zeitungsblättern einzurückendes Edict mit dem Beysatze vorgeladen, daß das Gericht, wenn er während dieser Zeit nicht erscheint, oder selbes auf sondere Art in die Kenntniß seines Lebens setzt, »zur Todeserklärung schreiten werde.« Diese Vorkehrungen des Richters haben wir nun zu erläutern.

§. 201.

Curator des Verschollenen.

1. Abwesende wissen nicht, daß es sich um ihre Rechte, und um welche es sich handelt. Sie sind nicht im Stande, selbst ihre Angelegenheiten gehörig zu besorgen. Deßwegen stehen sie unter dem besondern Schutze der Gesetze; welcher ihnen durch die gerichtliche Bestellung eines Curators oder Sachverwalters geleistet werden soll [1], so oft ohne solchen ihre Rechte durch Verzug gefährdet, oder die Rechte eines anderen in ihrem Gange gehemmt würden [2]. Die Verschollenen sind ungezweifelt zu den Abwesenden zu rechnen; ihre ehelichen Rechte würden gefährdet, wenn die im §. 113 anberaumte Edictalfrist verstriche und Niemand da wäre, der dieselben vertheidigte. Eben so würde auch das Wiederverehelichungsrecht des zurückgelassenen Ehegatten in seinem Gange gehemmt, wenn dasselbe bey fortdauernder Abwesenheit des Verschollenen nicht geltend gemacht werden könnte. Also ist es ganz in der Ordnung, daß das Gericht, wenn der von einem Verschollenen zurückgelassene Ehegatte beym Eintritte aller durch das Gesetz bestimmten

[1] Allgemeines bürgerl. Gesetzbuch §§. 21, 269, 270 und 277.
[2] Allgemeines bürgerl. Gesetzbuch §. 276.

Erforderungen um die gerichtliche Todeserklärung desselben ansucht, vor Allem für diesen Verschollenen einen Curator ernenne.

2. Die Frage könnte nur seyn, ob auch dann für den Verschollenen von dem Gerichte ein Curator zu bestellen sey, wenn in Ansehung seiner noch die väterliche oder vormundschaftliche Gewalt Platz findet, oder wenn er selbst bey seiner Entfernung einen ordentlichen Sachwalter zurückgelassen hat? In diesen beyden Fällen findet für Abwesende nach den §§. 269 und 276 des a. b. G. B. die Bestellung eines Curators gewöhnlich nicht Statt; aber für den Fall, als es sich um ihre Todeserklärung handelt, scheint das Gegentheil behauptet werden zu müssen. Sowohl der §. 277 als auch der §. 113 fordern dieselbe unbedingt, ohne sich auf die §§. 269 und 276 zu beziehen, obgleich sonst eine solche Beziehung auf andere Paragraphe oft zu geschehen pflegt, um auf anderswo vorkommende Ausnahmen von einer festgesetzten Regel aufmerksam zu machen. Der bey Todeserklärungen zu bestellende Curator wird nicht bloß der Person des Verschollenen gegeben, sondern ist zugleich ein Curator ad actum, und die Bestellung eines solchen findet Platz, obgleich schon ein gesetzlicher oder von dem Curanden selbst ernannter Sachwalter vorhanden ist. Zudem ist der Verschollene kein gewöhnlicher Abwesender, sondern ein solcher, dessen Tod sehr wahrscheinlich ist, folglich auch ungewiß, ob in Ansehung seiner die gesetzliche Vertretung des Vaters oder Vormundes, und die von ihm selbst ausgegangene Bevollmächtigung noch fortdauere. Oft ist nach Verlauf von drey, zehn oder noch mehreren Jahren der von dem Verschollenen hinterlassene Machthaber dem Gerichte nicht mehr bekannt. Wie könnte also das Gericht seiner Pflicht, nach eingereichtem Gesuche um die Todeserklärung sogleich einen Curator zu bestellen, nachkommen, wenn es erst nachforschen sollte, ob der Verschollene keinen ordentlichen Sachwalter zurückgelassen habe? Ist aber ein solcher dem Gerichte bekannt, so ist es in der Ordnung, daß vorzugsweise derselbe ad actum der möglichen Erforschung des Verschollenen aufgestellt werde.

3. Der Curator wird nach dem Ausdrucke des Gesetzes zur Erforschung des Abwesenden aufgestellt. Seine Pflicht geht also außerdem, daß er überhaupt über die Rechte des Verschollenen in Absicht auf die Ehe zu wachen hat, hauptsächlich dahin, daß er

während der gesetzlichen Edictalfrist sich bey Personen, mit welchen der Vermißte in näheren Verhältnissen stand, oder die sonst muthmaßlich einige Kenntniß von ihm haben könnten, also bey Verwandten, Freunden, Nachbarn und Bekannten, über seinen Aufenthaltsort, sein Leben oder seinen Tod, und über die Wahrheit aller in dem Gesuche um die Todeserklärung angeführten Umstände und beygebrachten Behelfe, besonders aber darüber genau erkundige, ob der Verschollene während der 30, 10 oder 3 Jahre seiner Abwesenheit, die nach Verschiedenheit der Fälle im §. 24 zur Todeserklärung erfordert werden, nichts von sich habe hören lassen, oder seit welcher Zeit alle Nachrichten über ihn gänzlich ermangeln. Ueber die erforschten Umstände hat er sorgfältig die gehörigen Beweismittel zu sammeln und seiner Zeit dem Gerichte vorzulegen, um entweder durch einen ordentlichen Beweis über das Leben oder den Tod des Verschollenen dessen Todeserklärung überflüssig zu machen, oder doch durch die mitgetheilten Behelfe das Gericht in den Stand zu setzen, mit Gründlichkeit zu beurtheilen, ob nach den vorliegenden Umständen noch ein vernünftiger Zweifel über den Tod des Vermißten übrig bleibe oder nicht.

§. 202.

Ausfertigung und Kundmachung des Vorladungs-Edictes.

Zugleich mit der Aufstellung des Curators hat das Gericht ein Edict zu erlassen, worin nach vorläufiger Erwähnung (die jedoch in keinem Gesetze, sondern nur in der Praxis sich gründet) des angebrachten Gesuchs und der Bestellung des Curators dem Verschollenen bedeutet wird, daß er binnen Jahresfrist entweder selbst erscheinen oder das Gericht auf eine andere Art in die Kenntniß seines Lebens setzen solle; widrigen Falls dasselbe zur Todeserklärung schreiten würde. Die Kundmachung des Edictes geschieht dadurch, daß es, wie gewöhnlich, am Gerichtsorte angeschlagen und den öffentlichen Zeitungsblättern, vorzüglich derjenigen Länder, in welchen sich der Vermißte nach den aus dem Gesuche des zurückgebliebenen Ehegatten ersichtlichen Umständen allenfalls befinden könnte, eingerückt wird. Vormahls mußte ein solches Edict durch ein ganzes Jahr von Quartal zu Quartal jedes Mahl drey-

Digitized by Google

mahl in die öffentlichen Zeitungsblätter eingedruckt werden [1]. Da aber dieses zu kostspielig war, so wurde schon im §. 113 nur eine dreymahlige Einrückung, ohne Bestimmung einer Zwischenzeit, vorgeschrieben, und später [2] noch ausdrücklich befohlen, daß sie in keinem Falle mehr als dreymahl nach einander Statt haben soll. Das Edict ist auch in auswärtige Zeitungsblätter, sowohl in der Original- als in der auswärtigen Sprache, einzuschalten, wenn Spuren vorhanden sind, daß sich der Abwesende ins Ausland begeben habe. Da jedoch die Vorladung durch die ausländischen Zeitungen vermöge des §. 113 des a. b. G. B. nur nach Umständen zu verfügen ist, so ist in jedem einzelnen Falle die Nothwendigkeit und Wahrscheinlichkeit eines Erfolges von dem Gerichte zu beurtheilen. Wenn kein anderer kürzerer Weg bestünde, als die ministerielle Correspondenz, wird auf Einschreiten der obersten Justizstelle die geheime Hof- und Staatskanzley das Nöthige zur Bewirkung der Einrückung in die auswärtigen Zeitungen durch die k. k. österreichischen Gesandtschaften verfügen [3]. Gewöhnlich veranlassen die österreichischen Behörden unmittelbar, ohne Dazwischenkunft der Staatskanzley, durch Requisition der auswärtigen solche Insertionen. Auf das Privateinschreiten der Curatoren, welches eine zu Ende des folgenden Paragraphes anzuführende Stelle des allegirten Hofdecretes vorzuschreiben scheint, würde man im Auslande nicht eingehen. Diese Stelle muß daher in ihrem Zusammenhange aufgefaßt und nur von den Vorkehrungen der Curatoren zur Herbeyschaffung der Kosten für die Insertion verstanden werden.

§. 203.

Berichtigung der Gebühren für die Einrückung der Edicte in die Zeitungen.

1. Die Auslagen für jene Edicte, welche auf Anlangen der Privatparteyen zum Drucke befördert werden, müssen jedesmahl von der Partey selbst sogleich berichtiget werden [4]. Sind Edicte

[1] Hofdecret vom 2. Januar 1789, Nr. 914 der J. G. S.

[2] Hofdecret vom 27. August 1817 lit. b, Nr. 1367 der J. G. S.

[3] Hofdecret vom 27. August 1817 unter a und d, Nr. 1367 der J. G. S.

[4] Hofkammer-Decret vom 19. November 1812 §. 3, als Anhang zum

für Parteyen aus andern Provinzen in die Wiener-Zeitung einzurücken, so haben die Gerichtsbehörden eine solche Partey zu verhalten, daß sie entweder sogleich selbst die Berichtigung der Insertions-Gebühren, welche sodann von den Gerichtsbehörden mit dem nächst abgehenden Postwagen einzusenden sind, leiste, oder hierzu einen Bestellten, ein Handelshaus ꝛc. in Wien anweise oder nahmhaft mache [1]. In jenen Fällen, wo die Zahlung der Insertions-Gebühren für die auf Ansuchen der Parteyen durch Einschreitung der Gerichtsstellen der übrigen österreichischen Provinzen der Wiener-Zeitung einzuschaltenden Edicte von den Parteyen durchaus nicht geschehen kann; wie auch überhaupt in allen jenen Fällen, wo die Parteyen oder ihre Vertreter in den übrigen österreichischen Provinzen keinen Hofagenten, Bevollmächtigten oder Bestellten in Wien, zur Berichtigung dieser Insertions-Gebühren nahmhaft machen können, sollen diese von dem nieder-österreichischen Justiz-Cameral-Taxamte aus dem hierzu eigens bestimmten Verlage vorgeschossen werden [2]. Die Verordnung des Hofkammer-Decretes vom 22. September 1819 im zweyten Absatze, daß, sollten die Insertions-Gebühren sich nicht gleich nach ihrem wahren Werthe genau bestimmen lassen, die Parteyen für diesen Fall eine verhältnißmäßige Summe einstweilen bey der Gerichtsstelle zu erlegen hätten, ist hiermit aufgehoben worden [3].

2. Auch die Kosten für Einrückungen der Vorladungs-Edicte in auswärtige Zeitungen zu Folge des §. 113 des a. h. G. B. müssen immer lediglich von den Parteyen, und nie von dem Aerarium getragen werden. Daher auch die Parteyen und Curatoren selbst unmittelbar angewiesen werden sollen, die Vorkehrungen zu treffen, damit die Einrückung in die Zeitungen auswärtiger Staa-

---

Hofkammer-Decrete vom 22 September 1819, bekannt gemacht den sämmtlichen Appellations-Gerichten durch das Hofdecret der obersten Justizstelle vom 23. October 1819, Nr. 1616 der J. G. S.

[1] Hofkammer-Decret vom 22. September 1819 §. 1, als Beylage des Justiz-Hofdecrets vom 23. October 1819, loc. cit.

[2] Hofkammer-Decret vom 22. September 1819 §. 3, loc. cit., und Hofdecret der obersten Justizstelle vom 1. April 1820, Nr. 1656 der J. G. S.

[3] Hofdecret der obersten Justizstelle vom 1. April 1820, loc. cit.

Digitized by Google

ten erfolge. Jedoch, wo es sich um mittellose Individuen handelt, und die Einrückung nicht unentgeltlich, selbst auch erga reciprocum nicht, bewirket werden könnte, darf der Betrag aus dem Cameral-Tarfonde bestritten werden, doch sollen mehrere solche vermögenslose Individuen zur Verminderung der Auslagen in Eine Vorladung zusammen aufgenommen werden [1]. Es wird sich wohl der Fall nicht so leicht ereignen, daß Edictal-Vorladungen mehrerer Verschollenen, die auf Ansuchen ihrer zurückgelassenen ganz mittellosen Ehegatten um Erlaubniß zur Wiederverehelichung von eben demselben Gerichte zu geschehen hätten, zur nähmlichen Zeit in die Zeitungen eines bestimmten auswärtigen Staates einzurücken wären. Sollte aber ein solcher Fall doch eintreten, so ist bey der Allgemeinheit der Ausdrücke dieses Hofdecretes nicht abzusehen, warum sie nicht in eine einzige Vorladung zur Ersparung der Kosten sollten zusammen gefaßt werden können. Der Wortlaut des Hofdecretes beschränkt wenigstens dasselbe nicht bloß auf Fälle, wo nur die gemeine Todeserklärung angesucht wird.

§. 203.

Ist eine neue Edictal-Vorladung des verschollenen Ehegatten auch in dem Falle vorzunehmen, wenn bereits eine gemeine Todeserklärung vorausgegangen ist, und nachher auch eine zum Zwecke der Wiederverehelichung angesucht wird?

1. Es kann sich der Fall ereignen, daß ein verschollener Ehegatte von einem Gerichte in Beziehung auf die Erbrechte bereits für todt erklärt worden ist, und dann sein zurückgelassener Ehegatte auch die Todeserklärung in Beziehung auf eine neu einzugehende Ehe ansucht. In einem solchen Falle entsteht die Frage, ob das Landrecht oder das competente Collegial-Gericht eine neue Edictal-Vorladung des Verschollenen vornehmen müsse, oder ob es die von dem andern Gerichte schon fruchtlos geschehene, als hinreichend zur Vornahme der feyerlichen Todeserklärung ansehen könne?

2. So wie die Sache jetzt liegt, läßt sich nicht wohl zweifeln, daß in dem gesetzten Falle eine neue Edictal-Ladung des

[1] Hofdecret vom 27. August 1817 unter b und c, Nr. 1367 der J. G. S.

verschollenen Ehegatten erforderlich sey. Der §. 113 des a. b. G. B. schreibt deutlich vor, daß nach dem um die Todeserklärung eines verschollenen Ehegatten eingekommenen Gesuche ein Curator zur Erforschung desselben aufzustellen und der Abwesende durch ein dreymahl den Zeitungsblättern, nach Umständen auch ausländischen, einzurückendes Edict vorzuladen sey. An diese Anordnung, die keinen Unterschied macht, ob bereits eine gemeine Todeserklärung vorausgegangen, folglich der verschollene Ehegatte schon ein Mahl fruchtlos vorgeladen worden sey oder nicht, wird und muß sich der practische Geschäftsmann halten. Vermöge Hofdecrets vom 11. Junius 1825 [1] darf bey Todeserklärungen nicht unterlassen werden, den Curator vor der Entscheidung zu hören. Wie könnte er aber gehört werden, wenn er nicht bestellt zu werden brauchte? Also ist die Aufstellung eines Curators jederzeit unerläßlich. Nun aber führt nach §. 391 der Gerichtsordnung die Bestellung des Curators für einen Abwesenden, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist, immer auch eine Vorladung des Abwesenden durch Edicte mit sich. Es ist daher auch die Ausfertigung der Edicte zur Vorladung des verschollenen Ehegatten in jedem Falle nothwendig, und zwar um so nothwendiger, als sonst seine Person bey dem Landrechte durch Niemanden vertreten würde, da dem Defensor matrimonii und dem politischen Repräsentanten nur die Vertretung des öffentlichen Interesse obliegt. — Die Edicte können weder bey der gemeinen, noch bey der feyerlichen Todeserklärung von Amtswegen, sondern nur auf Ansuchen erlassen werden. Sie müssen also, ohne daß es das Gesetzbuch ausdrücklich vorzuschreiben nöthig hatte, wesentlich enthalten, von wem und zu welchem Zwecke sie impetrirt worden sind; denn daraus hat der Vorgeladene zu beurtheilen, ob er der Vorladung Folge zu leisten schuldig sey, und was ihn im Falle des Ungehorsams für Folgen treffen würden. Einem incompetenten Richter ist man nicht schuldig zu gehorchen, und die Folgen des Ungehorsams gegen den competenten können nicht weiter gehen, als sie gesetzlich angedrohet werden durften und wirklich angedrohet worden sind. Nun kann die Personal-Instanz, die einen Verschollenen zur

[1] Im Notizenblatte der von Prof. Wagner redigirten Zeitschrift. 8. Heft des J. 1825. Nr. CXIX. S. 280.

Digitized by Google

Uebertragung der Erbrechte für todt zu erklären angegangen worden ist, ihrer Edictal-Vorladung gewiß nicht von Amtswegen den Beysatz machen, daß diese Ladung auch dann von Wirkung seyn sollte, wenn der Ehegatte des Vorgeladenen bey der Behörde um Todeserklärung zum Zwecke der Wiederverehelichung anlangen sollte. Was aber die Personal-Instanz nicht ausdrücklich androhen darf, kann man um so weniger als stillschweigend angedrohet gelten lassen. Also ist es unumgänglich nöthig, daß in einem solchen Falle von dem Landrechte eine neue Edictal-Ladung ergehe und darin der Zweck ausgedrückt werde, zu welchem von dem Ehegatten die Todeserklärung begehrt worden ist.

3. Für die Nothwendigkeit neuer Edicte pflegt man noch mehrere Gründe anzuführen, die aber von geringerem Gewichte, und bedeutenden Einwendungen ausgesetzt sind. So sagt man: A. wenn gleich der von der Personal-Instanz vorgeladene Ehegatte in dem bloßen einstweiligen Verluste seiner Sachenrechte, die er bey allfälliger Rückkehr ohnedieß wieder zu erlangen hoffen darf, keinen hinreichenden Beweggrund zur Offenbarung seines unbekannten Daseyns findet, so können ihn doch die zu befürchtende Wiederverehelichung seines zurückgelassenen Gatten, der Abscheu vor einem zeitlichen Theilnehmer an seinem Ehebette und vielleicht immerwährenden Nebenbuhler, die Besorgniß seinem Ehegatten Anlaß zur Bigamie zu geben, und die unvermeidliche Familienzerrüttung bey einer etwa später erfolgenden Rückkehr viel leichter zur ungesäumten Entdeckung der Fortdauer seines Lebens bestimmen. — B. Ohne neue Edictal-Citation könnte die Absicht der Gesetzgebung, welche aus guten Gründen bey der auf Wiederverehelichung abzweckenden Todeserklärung mehrere Vorsichten als bey der gemeinen anzuordnen für nöthig befunden hat, leicht vereitelt werden. Der Ehegatte, der keine solchen Umstände, welche allen Zweifel über den Tod des Verschollenen heben, nachzuweisen vermöchte, dürfte nur die Bewilligung der gemeinen Todeserklärung von Seite anderer Interessenten erwarten, oder selbst durch dieselben veranlassen, und dann eben diese Todeserklärung als einen vom Gesetze nicht verworfenen Grund, daß an dem Tode des vermißten Ehegatten nicht zu zweifeln sey, geltend machen, um brevi manu eine zweyte Todeserklärung und die Erlaubniß zur

Wiederverehelichung zu erwirken. — C. Die Edictal-Ladung, welche von der Personal-Instanz zur Uebertragung der Erbrechte ergangen ist, werde gemeiniglich von einem andern Gerichte, als dem zur feyerlichen Todeserklärung ausschließend berechtigten Landrechte, also von einem in der eben erwähnten Angelegenheit incompetenten Gerichte erlassen, und müsse daher, wenn in der Folge um die Todeserklärung wegen einer neu einzugehenden Ehe geworben wird, allerdings wiederhohlt werden. — D. Es wäre möglich, daß die von der Personal-Instanz des Abwesenden erlassene Citation nicht zu dessen Kenntniß gelangt sey; die abermahlige Vorladung durch das Landrecht aber könne ihm kund werden, und sey daher nicht zu unterlassen. — E. Bey der Vorladung in Absicht auf Uebertragung der Erbrechte fordere das Gesetz im §. 277 nicht die Einrückung in die auswärtigen Zeitungsblätter; wohl aber im §. 113 bey derjenigen, die in Absicht auf Wiederverehelichung zu erlassen ist, daher werde durch die erstere die letztere nicht überflüssig gemacht.

4. Man wird es bey Durchlesung dieser zusammengehäuften Gründe wohl selbst fühlen, daß dieselben für sich allein, wenn nicht die unter 2 angeführten stärkeren vorhanden wären, schwerlich für zureichend gehalten werden könnten, nach bereits erfolgter gemeiner Todeserklärung eines verschollenen Ehegatten eine neue Edictal-Vorladung desselben als absolut nothwendig darzustellen, damit dem von ihm zurückgelassenen Theile mittelst der feyerlichen Todeserklärung die Erlaubniß, sich wieder zu verehelichen, ertheilet werden könne. Wir wollen jene Gründe der Reihe nach ein wenig würdigen.

A. Kein verschollener Ehegatte, der einen geliebten Ehegenossen, geliebte Kinder und werthe Freunde hinterließ, dem sein Vaterland theuer ist, wird, wenn er noch lebt und es ihm nur möglich ist, 5, 10 oder 30 Jahre verfließen lassen, ohne zurückzukehren, oder wenigstens auf irgend eine Art den Seinigen Nachricht von der Fortdauer seiner Existenz zu geben. Ist er überdieß nach dem Verlaufe gedachter Zeiträume noch mit der Bedrohung, daß, wenn er binnen Jahresfrist nichts von sich werde verlauten lassen, seine Vermögensrechte an Andere übertragen werden würden, durch öffentliche Edicte vorgeladen worden, und hat er nach Verstrei-

Digitized by Google

chung dieſes weitern Jahres doch ſich weder in Perſon geſtellt, noch irgend eine Kunde von ſeinem Daſeyn gegeben, ſo kann man mit der größten Wahrſcheinlichkeit annehmen, daß er entweder ſchon todt ſey, oder daß er ſeine Familie, ſeine Freunde und ſein Vaterland nicht mehr zu ſehen wünſche, oder daß er in die Unmöglichkeit verſetzt ſey, ſelbſt zu kommen und Nachricht von ſich zu ertheilen. Im erſten und zweyten Falle wird ſeine abermahlige Edictal-Citation gewiß von eben ſo wenig Erfolge ſeyn, als die erſte. Im dritten Falle aber, was für eine Urſache läßt ſich denken, die einem vermißten Ehegatten die Möglichkeit benehmen ſollte, den Seinigen, zu welchen er nach der Vorausſetzung noch Zuneigung fühlt, binnen 4, 11 oder 31 Jahren eine Nachricht von ſich zukommen zu laſſen? Entweder Sclaverey bey Barbaren in entfernten Landen, wohin keine Zeitungen mit den Edicten gelangen, oder Wahnſinn, der für ihn alle Zeitungen und Edicte ſo nutzlos, als wären ſie nicht vorhanden, macht, oder Gefangenhaltung im Kerker, worin man die Menſchen ebenfalls mit Zeitungen nicht zu unterhalten pflegt. So lange dergleichen Urſachen fortdauern, wird die wiederhohlte Vorladung eben ſo wenig als die erſte zu ſeiner Kenntniß kommen, oder wenn ſie ja durch einen ganz ungewöhnlichen Zufall doch kommen ſollte, ſo wird er durch die nähmlichen Urſachen, ſo lange ſie fortdauern, gehindert, der Vorladung Folge zu leiſten. Hören dieſe aber auf, ſo wird er, da er nach der Vorausſetzung die Liebe zu den Seinigen und dem Vaterlande beybehalten hat, ſobald es ſeyn kann, aus eigenem Antriebe ſelbſt erſcheinen, und Falls unterdeſſen der zweyte Edictal-Termin bereits abgelaufen und die abermahlige Todeserklärung ſeiner Perſon erfolgt iſt, ſeinen zurückgelaſſenen Ehegatten in einer neuen Eheverbindung finden. Was hat alſo die wiederhohlte Edictal-Citation gefruchtet? Iſt etwas geſchehen oder unterblieben, was ohne dieſelbe ſich nicht eben ſo gefügt hätte?

B. Nicht die von der Perſonal-Inſtanz ausgeſprochene gemeine Todeserklärung, ſondern eine mit ſolchen Umſtänden, die an dem Ableben des verſchollenen Ehegatten nicht zweifeln laſſen, begleitete Abweſenheit iſt nach §. 112 ein geſetzlicher Grund, aus welchem das Landrecht auf die Bewilligung der Todeserklärung zum Zwecke der Wiederverehelichung zu erkennen berechtiget iſt. Lagen dem

Erkenntnisse der Personal-Instanz wirklich dergleichen Umstände zum Grunde, so könnte allerdings durch bewirkte Vorlegung der Acten und strenge Prüfung derselben nach Einvernehmung des Defensor matrimonii und mit Zuziehung des politischen Repräsentanten das Verfahren bey dem Landrechte sehr abgekürzt werden; aber offenbar ohne die Absicht des Gesetzgebers, in welcher er bey der feyerlichen Todeserklärung mehrere Vorsichten als bey der gemeinen festsetzte, im geringsten zu durchkreuzen, obgleich eine neue Edictal-Citation, die sich in einem solchen Falle als ganz nutzlos darstellet, unterlassen würde. War hingegen das Erkenntniß der Personal-Instanz auf keine solchen Umstände, sondern nur auf die Umstände des §. 24 gestützt, so wird sich der die Todeserklärung zum Zwecke der Wiederverehelichung ansuchende Ehegatte vergebens auf dasselbe berufen.

C. Edictal-Vorladungen, auch die in Hinsicht auf die Todeserklärung eines Verschollenen ergehenden, gehören gewiß zur Amts-Wirksamkeit der Personal-Instanz und erzeugen für den Vorgerufenen die Verbindlichkeit, entweder zu erscheinen oder wenigstens sich zu melden. Ihre Wirkung ist die nähmliche, sie mögen von dem Landrechte oder von der Personal-Instanz erlassen werden; ja es läßt sich von der Citation der Personal-Instanz, mit welcher der Abwesende vormahls in öfterer und näherer Berührung stand, und welcher zu gehorchen er von Jugend auf gewohnt war, weit sicherer als von der Vorladung des nur außerordentlich einschreitenden Landrechtes, dessen Wirksamkeit und Gerichtsbarkeit in Rücksicht auf Todeserklärungen ihm sogar unbekannt seyn kann, die beabsichtigte Wirkung erwarten, daß der Verschollene, wenn er noch am Leben und von seiner Existenz eine Nachricht zu geben Willens ist, entweder persönlich erscheinen oder Kunde von sich ertheilen werde. Hat er auf die Vorladung der Personal-Instanz weder das eine, noch das andere gethan, so ist es ein Zeichen, daß er entweder todt sey oder unbekannt seyn wolle, und von einer weitern Edictal-Ladung durch das Landrecht ist nichts zu hoffen. — Zeugenverhöre sind unstreitig etwas Wichtigeres als Edictal-Citationen, und doch kann man nicht zweifeln, daß Zeugenaussagen, die von der Personal-Instanz eines Verschollenen über die Umstände seines wahrscheinlichen Todes aufgenommen

Digitized by Google

worden sind, auch von dem Landrechte, Falls sie die gehörigen Eigenschaften haben, für gültig und beweisend anerkannt werden würden. Warum sollten von der Personal-Instanz in Absicht auf eine Todeserklärung vorgenommene und fruchtlos gewesene Edictal-Vorladungen, in soweit bloß von der Competenz die Rede ist, zu einer von dem Landrechte vorzunehmenden feyerlichen Todeserklärung nicht als gültig und hinreichend betrachtet werden können?

D. Möglich ist es zwar, daß der von der Personal-Instanz bereits citirte Verschollene durch eine neue Erlassung der Edicte von Seite des Landrechtes zur Kenntniß seiner Vorrufung gelange, aber auch möglich und zugleich wahrscheinlich, daß er davon nichts erfahren werde, weil die erste fruchtlos verstrichene Edictal-Frist die Vermuthung bestärkt, daß er nicht mehr unter den Lebenden sich befinde, oder doch seinen Aufenthaltsort verheimlichen und unbekannt bleiben wolle. Die erwähnte Möglichkeit würde auch durch eine dritte, vierte und noch weitere Vorladung nicht aufgehoben werden. Soll man deßwegen immerfort citiren, bis der Abwesende das höchste Ziel des menschlichen Lebens erreicht hat? Wozu wären dann die Todeserklärungen eingeführt?

E. Wenn gleich der §. 277 die Einrückung der wegen Uebertragung der Erbrechte von der Personal-Instanz erlassenen Edicte in die auswärtigen Zeitungsblätter nicht ausdrücklich fordert, so verbiethet er dieselbe auch nicht, und es ist bekannt, daß die Gerichte auch bey der gemeinen Todeserklärung, so oft es die Umstände erheischen, d. i. so oft Anzeichen vorhanden sind, daß der Verschollene sich in das Ausland begeben habe, die Edicte ebenfalls in auswärtige Zeitungsblätter einschalten lassen.

§. 205.

Verfahren nach Verstreichung der Edictal-Frist.

Während des Laufes der Edictal-Frist hat das Gericht in der Sache eigentlich nichts zu thun. Nur wenn binnen dem im Edicte bestimmten Jahre der Verschollene erscheinen oder auf eine andere Art dem Gerichte Nachricht von seinem fortdauernden Leben geben sollte, wäre das eingereichte Gesuch mit Anführung

Digitized by Google

dieser Ursache sogleich abschlägig zu erledigen. Ist aber die Edictal-Frist von einem Jahre, welche vom Tage der Anschlagung des Edictes am Gerichtsorte gerechnet wird, verflossen, ohne daß der Vorgeladene erschienen wäre, oder auf eine andere Art das Gericht in die Kenntniß seines Lebens gesetzt hätte, so ist das Verfahren zu beobachten, welches der §. 114 des allg. bürgerl. Gesetzbuches vorschreibt, welcher so lautet: »Ist dieser Zeitraum fruchtlos »verstrichen, so ist auf wiederhohltes Ansuchen des ver»lassenen Ehegatten das Fiscal-Amt, oder ein anderer »rechtschaffener und sachverständiger Mann zur Vertheidigung des Ehebandes zu bestellen, und nach gepflogener Verhandlung zu erkennen, ob das Gesuch zu ver»willigen sey oder nicht. Die Bewilligung ist der Par»tey nicht sogleich kund zu machen, sondern durch das »Obergericht zur höchsten Schlußfassung vorzulegen.« Diese Vorschrift enthält mehrere Bestandtheile, die in den folgenden Paragraphen ihre Erläuterung finden werden.

§. 206.

Wiederhohlung des Gesuches von Seite des zurückgelassenen Ehegatten.

Auch nach fruchtloser Verstreichung der im Edicte angesetzten Jahresfrist thut das Gericht von Amtswegen keinen weitern Schritt, sondern es wartet ab, ob der zurückgelassene Ehegatte sein erstes Gesuch erneuern werde. Denn es ist hier um ein Privat-Recht des zurückgebliebenen Ehegatten zu thun. Diesem steht es frey, dasselbe zu verfolgen oder davon abzustehen. Er kann während der Edictal-Frist seinen Entschluß, sich wieder zu verehelichen, entweder selbst geändert haben, oder sein Vorhaben kann durch den Rücktritt desjenigen, mit welchem die neue Ehe hätte eingegangen werden sollen, vereitelt worden seyn. Will also der zurückgebliebene Theil die Verhandlung in den Gang bringen, so muß er nach verstrichener Edictal-Frist sein Ansuchen wiederhohlen, daß das Gericht den Anwesenden für todt und somit die Ehe für getrennt erklären wolle. Diesem neuen Gesuche hat er sein voriges Anbringen und die drey Zeitungsblätter, in welchen

die Vorladung des verschollenen Ehegatten eingerückt stand, und zwar auch die Blätter der auswärtigen Zeitung, in welche allenfalls die Einrückung des Edictes vermöge des gerichtlichen Bescheides auf das erste Gesuch zu geschehen hatte, als Beylagen anzuschließen. Uebrigens kann er sich in dem zweyten Gesuche entweder bloß auf die schon in dem ersten angeführten Wahrscheinlichkeitsgründe, daß der verschollene Ehegatte nicht mehr am Leben sey, berufen, oder, was noch besser ist, auch andere Behelfe, die er sich darüber vielleicht unterdessen verschafft hat, beybringen.

§. 207.

Bestellung eines Vertheidigers des Ehebandes.

1. Hat nach Ablauf der Edictal-Frist der zurückgebliebene Ehegatte sein Ansuchen um die Todeserklärung des Verschollenen vorgeschriebener Maßen wiederhohlt, so ist das erste Geschäft des Gerichtes, einen Vertheidiger des Ehebandes zu bestellen. Denn die Todeserklärung wird als eine gesetzlich vermuthete gänzliche Ehetrennung angesehen, wie die Marginal-Inhaltsanzeige zu den §§. 111 und 112 des allg. bürgerl. Gesetzbuches lehrt, bey dieser aber ist Jemand zur Vertheidigung der Ehe zu bestellen[1]. Es wäre zu bedenklich, in einer so wichtigen Sache, als die Todeserklärung ist, sich auf den Curator des Abwesenden allein, der mit dem die Todeserklärung suchenden Ehegatten einverstanden seyn könnte, und überhaupt nur das Interesse seines Curanden, nicht aber auch das öffentliche zu berücksichtigen hat, gänzlich zu verlassen. In der Regel ist die Vertheidigung des Ehebandes dem Fiscalamte aufzutragen, dessen Sache es ist, das Interesse des Staates an Aufrechthaltung gültig eingegangener Ehen gerichtlich zu verfechten; nur in Verhinderungs- oder Perhorrescenz-Fällen kann die Vertretung des Ehebandes einem anderen Manne, zu dessen Rechtskenntnissen und Redlichkeit das

[1] Vorschrift über das Verfahren in streitigen Ehesangelegenheiten §. 13, verglichen mit §. 14 und 17. Man vergleiche auch §. 115 am Ende mit §. 97 des allg. bürgerl. Gesetzbuches.

Gericht Zutrauen hat, anvertraut werden. Bey der Todeserklärung eines jüdischen Ehegatten hat eben so wenig als bey der Trennung einer Judenehe die fiscalämtliche Vertheidigung des Ehebandes einzutreten[1]. Dem bestellten Vertheidiger des Ehebandes hat der Richter, wie es scheint, sogleich das wiederhohlte eingereichte Gesuch um die Todeserklärung sammt Beylagen mitzutheilen[2] und zugleich den Curator des Abwesenden anzuweisen, daß er sich mit demselben ins Einvernehmen setze, und ihm alle für die Wahrscheinlichkeit des fortdauernden Lebens der verschollenen Person gesammelten Behelfe vorläufig communicire. Das Letztere findet sich zwar nirgends ausdrücklich vorgeschrieben, aber die Natur der Sache erheischt es. Denn wer zur Vertheidigung der Ehe bestellt ist, hat über alle als Grund der Todeserklärung angegebenen Umstände genaue Erkundigung einzuziehen, in wieferne der Antrag des die Todeserklärung ansuchenden Ehegatten in dem Gesetze gegründet und durch vollständigen Beweis unterstützt sey, oder welche Einwendungen und Bedenken demselben entgegen stehen, sorgfältig zu untersuchen und sich hierüber gegen das Gericht gründlich und gewissenhaft zu äußern[3]. Wie wäre er aber im Stande, alles dieses in der kurzen Zeit, die zwischen der Wiederhohlung des Gesuches und der nicht lange darauf folgenden Verhandlung verfließt, zu leisten, wenn er nicht mit dem Curator Rücksprache pflegte, der während der ganzen Edictal-Frist Zeit gehabt hat, alle Umstände über das Leben oder den Tod des Verschollenen zu erforschen?

2. Bey dem niederösterreichischen Landrechte wird in einer solchen Angelegenheit ein gewisser Maßen verschiedenes Verfahren beobachtet, welches sich wahrscheinlich aus den ältesten Vorschriften über die Ungültigerklärung und Trennung der Ehe herschreibt. Das Hofdecret vom 12. August 1788, Nr. 871 der J. G. S. befahl, daß über jede vorkommende Ehescheidungsklage sogleich zur Vertheidigung der Ehe ein vertrauter, rechtschaffener

[1] Hofdecret vom 13. November 1816, Nr. 1296; 23. August 1819 im Eingange, Nr. 1595 der J. G. S.

[2] Vorschrift über das Verfahren in streitigen Eheangelegenheiten §. 14.

[3] Die eben angeführte Vorschrift §. 17.

und verständiger Rechtsvertreter von dem Richter von Amtswegen bestellt und angewiesen werden soll, mit demjenigen der Eheleute, der sich der Trennung widersetzt, gemeinschaftliche Sache zu machen, und den Proceß der Ordnung nach zu vollführen. In den nachgefolgten Gesetzen [1] und Gesetzbüchern [2], worin von der Bestellung eines Vertheidigers der Ehe bey der Ungültigerklärung oder Trennung einer Ehe die Rede ist, erscheint zwar das »sogleich« nicht mehr; aber aus ihrem Inhalte und Contexte ist überall deutlich anzunehmen, daß in diesem Stücke von der ursprünglichen Vorschrift nicht abgegangen worden sey. Da nun die Todeserklärung zum Zwecke der Wiederverehelichung auch als eine gesetzlich vermuthete Trennung der Ehe sich darstellt, so scheint das nieder-österreichische Landrecht schon seit dem Jahre 1803, als diese Art der Todeserklärung in den Gang kam, sogleich nach eingereichtem Gesuche um dieselbe einen Vertreter des Ehebandes bestellt, erst nach Einvernehmung desselben die Vorladung des verschollenen Ehegatten bewilliget, und diese Uebung auch noch nach Erscheinung des allgbürgerl. Gesetzbuches beybehalten zu haben. Eine solche Praxis stimmt zwar mit dem §. 114 desselben nicht überein, kann aber doch nicht mißbilliget werden. Sie anticipirt das, was gedachter Paragraph erst für die Folgezeit anordnet, und zwar aus dem Grunde, weil schon der erste Schritt der Vorrufung des Verschollenen ungesetzmäßig seyn und vergeblich geschehen könnte. Durch die anticipirte Beyziehung des Defensor matrimonii kann eine solche Vorladung hintertrieben gemacht werden. Auch setzt man hierdurch denselben in den Stand, während der Edictal-Frist dem Aufenthalte des Verschollenen ex causa publica nachzuforschen und so den Curator, wegen dessen besorglicher Fahrlässigkeit oder Connivenz er eigentlich beygezogen wird, gehörig zu controlliren. Die vorgedachte Praxis scheint es auch zu erheischen, daß wenigstens ein Theil von dem, was im folgenden Paragraphe als Gegen-

[1] Patent vom 22. Febr. 1791 §. 3. lit. c; Hofdecret vom 6. März 1794, Nr. 195 der J. G. S., Ehepatent für Salzburg vom 13. April 1808 §. 47. Vorschrift für das Verfahren in streitigen Eheangelegenheiten §. 14.

[2] Bürgerl. Gesetzbuch für Galizien § 95 Allg bürgerl. Gesetzbuch §. 97.

stand der Verhandlung ausgezeichnet wird, schon vor Erlassung der Edictal-Vorladung ausgemittelt werde.

§. 208.

Verhandlung.

1. Die Verhandlung selbst muß bey der Todeserklärung, als einer gesetzlich vermutheten Ehetrennung, auf die bey dieser vorgeschriebenen Weise vorgenommen werden. Nun hat das Gericht in Fällen einer Ehetrennung nach eben den Vorschriften zu handeln, welche für die Untersuchung und Beurtheilung einer ungültigen Ehe gegeben sind [1]. Bey einer Untersuchung über die Ungültigkeit der Ehe aber finden, bis auf einige Ausnahmen, die für das Verfahren über die Scheidung von Tisch und Bett ertheilten Vorschriften ihre Anwendung [2], und Streitigkeiten über die Scheidung von Tisch und Bett müssen im Wesentlichen nach den allgemeinen Grundsätzen des rechtlichen Verfahrens in Streitsachen behandelt, und dabey die Vorschriften der §§. 21 und 22 der Westgalizischen Gerichtsordnung über die mündliche Verhandlung streitiger Rechtsangelegenheiten jedoch so zur Anwendung gebracht werden, wie es der Begriff und Zweck einer von Amtswegen zu pflegenden Untersuchung fordert [3]. Alle diese Vorschriften müssen daher auch bey der Verhandlung über die auf Wiederverehelichung abzielende Todeserklärung berücksichtiget werden. Da sich aber von den erwähnten Vorschriften, die eine immer auf die andere bezieht, und es theils die Natur der Sache, theils die ausdrückliche Anordnung des Gesetzes mit sich bringt, daß nicht alle Grundsätze der allgemeinen Gerichtsordnung, ja nicht einmahl alle Vorschriften der §§. 21 und 22 der Westgalizischen Gerichtsordnung auf die Scheidung von Tisch und Bett, nicht alle Vorschriften über das Verfahren bey der Scheidung von Tisch und Bett auf die Untersuchung und Beurtheilung einer ungültigen Ehe, nicht alle Vorschriften über die Ungültigerklärung der Ehe auf die Trennung derselben, endlich nicht alle über die letztere auch auf die Todeserklärung

---

1 Allg. bürgerl. Gesetzbuch §. 115 am Ende.

2 Vorschrift über das Verfahren in streitigen Eheangelegenheiten, §. 13.

3 Vorschrift rc. §. 1.

volle Anwendung leiden, so ist es begreiflicher Weise eine sehr mißliche Sache, eine genaue und vollständige Entwickelung der Art und Weise zu liefern, wie die Verhandlungen bey Todeserklärungen zum Zwecke der Wiederverehelichung vorzunehmen seyen. Es können nur die allgemeinen Grundsätze, die in den oben angeführten Vorschriften enthalten sind, angegeben werden, und es muß dem vernünftigen Ermessen des Richters anheim gestellt bleiben, dieselben nach Beschaffenheit jedes einzelnen Falles zweckmäßig anzuwenden.

2. So viel ist zuvörderst schon aus den angeführten Gesetzen ersichtlich, daß die Verhandlung von Amtswegen, d. i. auf ämtliche Art und mündlich zu pflegen sey. Der Begriff einer ämtlichen Untersuchung fordert, daß der Richter durch eigene Erforschung der Wahrheit sich selbst, ohne Antrag der Parteyen, den nöthigen Grund zu einer gerechten Entscheidung lege. Der Zweck derselben aber ist, alle Umstände, von welchen die Zulässigkeit der Todeserklärung abhängt, auf dem kürzesten Wege und mit dem geringsten Kostenaufwande gründlich zu erheben. Dieser Zweck kann nur durch mündliche Verhandlungen erreicht werden. Daher muß der Richter so viele Tagsatzungen, als er nöthig findet, anordnen, und alles, was bey denselben verhandelt wird, zu Protokoll nehmen. In dem Eingange dieses Protokolles muß jederzeit Nahme, Stand, Wohnort, Gewerbe, Alter und Religion der beyden Eheleute, die Zeit der geschlossenen Ehe, die Anzahl, das Alter und Geschlecht der Kinder angemerkt, auch daraus ersichtlich seyn, ob Ehepacte errichtet worden sind [1].

3. Hat nun der Richter zur Verhandlung eine Tagsatzung festgesetzt, so muß er dazu den Ehegatten, der die Todeserklärung sucht, den Curator des verschollenen Ehegatten, und denjenigen, dem er die Vertheidigung der Ehe anvertrauet hat, persönlich vorladen [2], d. i. zur persönlichen Erscheinung vorrufen. Doch ist es dem erstern, wenn er sich selbst die gehörige Fähigkeit zu gerichtlichen Verhandlungen nicht zutraut, auch erlaubt, einen Rechtsfreund zur Tagsatzung mitzubringen, weil sowohl im §. 4 der Vor-

[1] Vorschrift §. 7.

[2] Vorschrift §. 14; §. 13 verglichen mit §. 2.

schrift über das Verfahren in streitigen Eheangelegenheiten, als im §. 21 der Westgalizischen Gerichtsordnung, welche beyde §§. auch bey der Ehetrennung, mithin auch bey der Todeserklärung vermöge §. 13 der Vorschrift anwendbar sind, von Vertretern der Parteyen die Rede ist. Wäre einer von den beyden Ehegatten, oder wären sogar beyde noch minderjährig, sollen auch ihre Aeltern oder Vormünder zu den gerichtlichen Verhandlungen zugezogen werden [1]. Hat sich der um die Todeserklärung werbende Ehegatte in seinem Gesuche auf Zeugen berufen, so soll sie der Richter, so fern sie unter seiner Gerichtsbarkeit stehen, ebenfalls zur Tagsatzung zuziehen; ist aber dieß nicht der Fall, dem Ehegatten die Beybringung eines schriftlichen Zeugnisses auftragen [2]. Doch ist es dem Zwecke der schleunigen Beendigung des Geschäftes und der Analogie des §. 11 der oft erwähnten Vorschrift angemessen, daß der Richter auch fremder Gerichtsbarkeit unterworfene Zeugen nach Erforderniß der Umstände durch das Gericht, dem sie unterstehen, zur persönlichen Erscheinung vor ihm bescheiden lasse [3].

4. In der Verhandlung selbst ist der Richter an keine Regeln gebunden, als die das Wesentliche einer einfachen, zweckmäßigen und gründlichen Untersuchung über die rechtliche Beschaffenheit des Todeserklärungsgesuches ausmachen [4]. Er soll daher den gegenwärtigen Ehegatten, den Curator des Abwesenden und den Vertheidiger des Ehebandes über den Gegenstand der Untersuchung zweckmäßig und in der gehörigen Ordnung verhandeln lassen, und ihre Aeußerungen in das Protokoll eintragen. Er soll durch Abforderung oder eigene Herbeyschaffung der nöthigen Actenstücke und Urkunden, durch Vernehmung der Zeugen und Kunstverständigen die entscheidenden Umstände vollständig aufklären, die für den Tod des Verschollenen angeführten Gründe zwar in ihr volles Licht setzen, aber auch strenge prüfen, und die Ehe gegen jede will-

[1] Vorschrift §. 5 verglichen mit §. 13. Hofdecret vom 27. Februar 1807, Nr. 801 der J. G. S.

[2] Westgalizische Gerichtsordnung §. 22 in Verbindung mit §. 13 und 1 der Vorschrift.

[3] Siehe Füger's adeliges Richteramt, nach der dritten vom Professor Wagner bearbeiteten Auflage. III. Th. S. 155 in der Note 2.

[4] Vorschrift §. 4 verglichen mit §. 13.

Digitized by Google

führliche Anfechtung von Amtswegen in Schutz nehmen, überhaupt die ganze Verhandlung so leiten, daß das Recht, die Todeserklärung zu verlangen, klar erwiesen, oder die Unmöglichkeit dieses Beweises außer Zweifel gesetzt werde [1]. Diese Amtsthätigkeit des Richters ist jedoch so zu verstehen, daß der Richter das, was zur verläßlichen Erörterung des Factums (d. i. des Lebens oder Todes des Verschollenen) und der beyden Theilen (nähmlich dem zurückgelassenen Ehegatten und dem Curator des Abwesenden) zu Statten kommenden Beweise gehört, nur in so weit, als die Parteyen es hieran haben ermangeln lassen, in das Klare zu setzen hat. Ueberdieß muß er besonders darauf sehen, daß die Partey (hier der die Todeserklärung suchende Ehegatte) in ihrem Rechte aus Abgang der Förmlichkeiten nicht leide, und daß ihr die Unfähigkeit, das Factum und ihre Behelfe deutlich vorzulegen, nicht zum Schaden gereiche. Noch soll der Richter jeden zur Sache dienlichen Umstand, den ein Theil für sich angeführet, und der andere nicht von selbst, oder nicht deutlich beantwortet hat, ihm insbesondere vorhalten und ihn darüber mit seiner deutlichen Antwort vernehmen. Ueberhaupt soll er keinen Theil vor dem andern begünstigen, sondern sich der genauesten Unparteylichkeit befleißen [2], und weder den Parteyen, noch ihren Vertretern, Umtriebe zur Verlängerung der Untersuchung gestatten [3].

5. Hat der um die Todeserklärung werbende Ehegatte sämmtliche, zum Beweise der dazu erforderlichen Umstände dienlichen, Behelfe schon bey der ersten Tagsatzung beygebracht, und wissen der Curator des Abwesenden und der Vertheidiger des Ehebandes nichts Standhaftes dagegen zu erinnern, so kann die Verhandlung mit einer Tagsatzung geschlossen werden. Läßt sich aber in einer einzigen Tagsatzung alles, was das Gesetz zur Todeserklärung fordert, nicht ganz aufhellen, so kann das Gericht, welches bey dieser ämtlichen Untersuchung ungebundene Hände hat, so viele Tagsatzungen anordnen, und dem Todeserklärungswerber, dem Curator des Verschollenen und dem Defensor matrimonii bey jeder

[1] Vorschrift §. 14.
[2] Westgalizische Gerichtsordnung §. 21.
[3] Vorschrift §. 4 verglichen mit §. 13.

Digitized by Google

Tagsatzung so viele Reden gestatten, als es zum Zwecke dienlich findet. Insbesondere aber darf nicht unterlassen werden, den Curator vor der Entscheidung zu hören, da dessen Aufstellung sonst zwecklos wäre [1].

§. 209.

Vorschriften über den Beweis der zur Todeserklärung erforderlichen Umstände.

Die Zulässigkeit und rechtliche Kraft des Beweises ist bey der Todeserklärung eben, wie bey der Ehetrennung, zwar überhaupt nach der allgemeinen Vorschrift der Gerichtsordnung zu beurtheilen [2]; doch ist der Beweis durch das Geständniß oder den Eid der Parteyen wie bey der Trennung der Ehe, so auch bey der Todeserklärung unzulässig [3]. Von einem Geständnisse des Verschollenen kann wohl nicht leicht eine Rede seyn; ob aber der die Todeserklärung suchende Theil über erhebliche Umstände, die er anderweitig bescheiniget, nicht wenigstens zum Erfüllungseide zugelassen werden könne, ist zweifelhafter. Das Object der Beweisführung ist hier nur die Wahrscheinlichkeit des physischen Todes, und nicht, wie bey der Ungültigerklärung oder Trennung der Ehe, ein leicht erdichtetes Ehehinderniß, oder eine bloß ersonnene Trennungsursache. Wenn also über einen die Wahrscheinlichkeit des Todes begründenden Umstand, z. B. über die schwere Verwundung des Mannes im Kriege, der Beweis von einem unbedenklichen Zeugen vorliegt, warum sollte das Weib nicht erfüllungsweise beschwören, daß es den Mann schwer verwundet gesehen, selbst verbunden habe? Ein solcher Umstand entscheidet ja die Sache für sich allein noch nicht, sondern erst, wenn er mit andern zusammen trifft. Der Beweis durch Kunstverständige ist zwar nicht ausgeschlossen, kann aber wenig Anwendung finden, es sey denn, wenn der Bittsteller sich auf eine schwere Verwundung des Verschollenen beruft, in welchem Falle die Kunstverständigen darüber zu vernehmen wären, ob die erwiesene Verwundung schwer oder gar tödtlich war,

[1] Justiz-Hofdecret vom 11. Junius 1825, in Wagner's Zeitschrift 8. Heft, 1825, Nr. CXIX. des Notizenblattes, S. 280.

[2] §. 9 der Vorschrift verglichen mit §. 13.

[3] §. 13 und 14 der Vorschrift.

wobey allerdings nach den allgemeinen Vorschriften der Gerichtsordnung vorzugehen ist. Nach dieser wäre sich auch bey dem Beweise durch Urkunden zu benehmen, von welchen allenfalls Gebrauch gemacht werden kann, um zu beweisen, daß der Verschollene schon jetzt 80 Jahre alt wäre, wenn er noch lebte; daß er sich auf einem gescheiterten Schiffe, in einem vom Feinde verbrannten Spitale ꝛc. befand. Ueber die meisten Umstände, die zur Todeserklärung erforderlich sind, läßt sich der Beweis nur durch Zeugen herstellen. Bey Vernehmung derselben müssen ebenfalls die allgemeinen Vorschriften der Gerichtsordnung, in so weit sie auf die Beweiskraft der Aussagen wesentlichen Einfluß haben, genau beobachtet werden. Die Fragen, welche an die Zeugen gestellt werden sollen, hat der Richter selbst zu entwerfen, jedoch dabey auch die allenfalls von den Parteyen gestellten Fragesätze (Weisartikel oder Fragestücke) zu benützen. Er kann nach Erforderniß der Umstände auch fremder Gerichtsbarkeit unterworfene Zeugen selbst vernehmen, und sich zu solchem Ende an ihren gehörigen Richter verwenden, daß sie zum Verhöre zu erscheinen angewiesen werden mögen [1]. Wenn aber dieses nach Umständen nicht thunlich ist, so kann er die nöthigen Fragen auch dem ordentlichen Richter der Zeugen zuschicken und ihn ersuchen, sie darüber zu verhören und ihre Aussagen einzusenden. Die Zeugen müssen, wie es die Gerichtsordnung vorschreibt, vor dem Verhöre beeidiget, und in Abwesenheit der Parteyen abgehört werden.

§. 210.

Zuziehung eines politischen Repräsentanten zur Beurtheilung.

Nach geschlossener Verhandlung hat das Gericht zu beurtheilen, ob alle erforderlichen Umstände so bewiesen sind, daß kein Grund übrig bleibt, an dem Tode des Verschollenen zu zweifeln. Zu dieser Beurtheilung muß ein Repräsentant der politischen Landesstelle zugezogen werden [2], wie dieses in allen Fällen, die zur fiscalämtlichen Vertretung gehören, zu geschehen hat.

---

[1] §. 11 der Vorschrift.

[2] 15. December 1788, Nr. 936; 28. December 1789, Nr. 103; 22. Februar 1791, §. 3. c.

Digitized by Google

Um Absendung desselben ist der Landes-Chef zu ersuchen[1]. Nur wenn es auf die Todeserklärung eines jüdischen Ehegatten ankommt, ist die Beyziehung eines politischen Repräsentanten nicht nothwendig[2]; sie hat aber nicht zu unterbleiben, wenn gleich die fiscalämtliche Angelegenheit der Todeserklärung einem andern Advocaten zur Vertretung anvertraut wird[3]. Es sollen daher dem politischen Repräsentanten vor der Berathschlagung die Acten sammt der Meinung des Referenten mitgetheilet werden, um sich das Geschäft genau bekannt zu machen und solches mit Gründlichkeit aufnehmen zu können; doch ist von Seite des Präsidiums die Aufmerksamkeit darauf zu richten, daß die Acten nicht länger als nöthig ist, zurückbehalten, und die Berathschlagung nicht über die Maß verzögert werde[4]. Bey der Berathschlagung hat zwar der politische Repräsentant die erste Stimme nach dem Referenten, aber sie wird zum gerichtlichen Beschlusse nicht mitgezählt, sondern sie dient nur zum Vorunterrichte, d. i. dazu, das Gericht in die Kenntniß der bey dem Geschäfte etwa eintretenden politischen Rücksichten und Verordnungen zu setzen[5]. Mit einem Worte, der politische Repräsentant ist als der Anwalt der causa publica zu betrachten.

§. 211.

Erkenntniß über das Gesuch.

Nach gepflogener Berathschlagung ist ein Erkenntniß dahin zu schöpfen, ob das Gesuch des zurückgebliebenen Ehegatten um Todeserklärung zu bewilligen sey oder nicht. Wird das Gesuch abgeschlagen, so ist dieses dem zurückgelassenen Ehegatten sogleich kund zu machen, damit er, wenn er damit nicht zufrieden ist, binnen der gehörigen Zeit von 14 Tagen den Recurs an das Appellations-Gericht ergreifen könne. Eine eigentliche Appellation hat nicht Statt, wie dieß auch der Fall bey Erkenntnissen in Auszieh-

[1] 3. May 1792, Nr. 12.

[2] 13. November 1816, Nr. 1296; 23. August 1819, Nr. 1595 zu Anfang.

[3] 5. Januar 1795, Nr. 211.

[4] 28. Februar 1788, Nr. 791; 22. August 1797, Nr. 367.

[5] Patent vom 9. September 1785 §. 52 und 53, Nr. 464 der J. G. S. enthaltend die allgemeine Gerichts-Instruction.

Digitized by Google

und Wucherſachen iſt. Wird im Recurswege das abſchlägige Erkenntniß der erſten Inſtanz vom Appellations-Gerichte beſtätiget, ſo kann kein weiterer Zug Platz greifen [1]. Wird hingegen das Geſuch von der erſten Inſtanz bewilliget, ſo darf dieſe Bewilligung nicht ſogleich der Partey kund gemacht, ſondern ſie muß von Amtswegen dem Appellations-Gerichte vorgelegt werden. Glaubt das Appellations-Gericht das Geſuch abſchlagen zu ſollen, ſo muß es ſein Erkenntniß der Partey kund machen laſſen, damit dieſe überlegen könne, ob ſie an die oberſte Juſtiz-Stelle recurriren, oder von ihrem Geſuche ganz abſtehen wolle; die causa publica iſt in dieſem Falle nicht intereſſirt, alſo keine ämtliche Vorlegung an den oberſten Gerichtshof nöthig. Iſt aber das Appellations-Gericht der Meinung, daß das verwilligende Erkenntniß der erſten Inſtanz zu beſtätigen, oder das abſchlagende im Recurswege in ein verwilligendes abzuändern ſey, ſo kann es wieder die beſchloſſene Bewilligung der Partey nicht ſogleich kundmachen, ſondern muß von Amtswegen das Geſuch mit ſeinem Gutachten dem oberſten Gerichtshofe vorlegen. Vormahls mußte die oberſte Juſtiz-ſtelle hierüber ſogar einen Vortrag an Se. Majeſtät erſtatten, und von daher die höchſte Schlußfaſſung erwarten, weil Se. Majeſtät ſich ſelbſt die unmittelbare Entſcheidung jedes ſolchen Falles vorbehalten haben [2]. Jetzt aber iſt es der oberſten Juſtiz-Stelle geſtattet, Todeserklärungen abweſender oder vermißter Ehegatten nach vorausgegangener geſetzmäßigen Verhandlung, ohne die allerhöchſte Genehmigung einzuholen, unmittelbar ſelbſt zu bewilligen [3]. Doch kann ſich noch jetzt der Fall ereignen, daß die Sache an Se. Majeſtät zur höchſten Schlußfaſſung gelangen muß, wenn nähmlich der politiſche Repräſentant, der zur Erledigung des Geſuches um die Todeserklärung auch bey den höheren Inſtanzen zugezogen werden muß [4], dem Erkenntniſſe der oberſten Juſtiz-Stelle nicht beygeſtimmt, ſondern dasſelbe ſiſtirt hat. Denn dieſes hat die Folge, daß die Expedition des Concluſums zurückzuhalten, die

[1] 7. April 1785, Nr. 405.
[2] Hofdecret vom 22. Julius 1803, Nr. 619.
[3] Allerh. Cabinets-Schreiben vom 25. Februar 1818.
[4] 22. Auguſt 1797, Nr. 367; 26. September 1800, Nr. 509.

Digitized by Google

Sache durch Vortrag Sr. Majestät vorzulegen und die allerhöchste Entscheidung darüber zu gewärtigen ist[1]. Da ein Erkenntniß auf die Bewilligung des Gesuches um Todeserklärung ohnehin von Amtswegen alle drey Instanzen durchlaufen muß, so versteht es sich von selbst, daß weder eine Sistirung desselben durch den politischen Repräsentanten in erster oder zweyter Instanz, noch die durch Hofdecret vom 12. März 1817 und durch die Vorschrift über das Verfahren in streitigen Angelegenheiten §. 18 angeordnete officiose Appellation oder Revision des Vertheidigers der Ehe gegen dasselbe nöthig sey und Statt finde. Es ist auch unangemessen, bey Todeserklärungen in dem Erkenntnisse auszudrücken, daß es mit Einverständniß des Curators geschöpft worden sey[2].

§. 212.

Ob bey Todeserklärungen eine Rücksprache mit dem Ordinariate zu pflegen sey?

1. Vermöge des Hofdecrets vom 22. Julius 1803, Nr. 619 der J. G. S. hatte das Landrecht oder die gehörige Instanz, wenn sie auf die Bewilligung des Gesuches um Todeserklärung eines verschollenen Ehegatten einrathen und hierüber die höchste Genehmigung einhohlen zu dürfen erachtete, noch vorher die dießfälligen Gründe dem betreffenden Ordinariate zur Einsicht und gutächtlichen Aeußerung, ob in Ansehung des Sacramentes wider einen neuen Civil-Ehevertrag kein Bedenken obwalte, mitzutheilen. In dem allg. bürgerl. Gesetzbuche §. 114 kommt von einer solchen Mittheilung der Gründe an das Ordinariat keine Meldung vor. Einige Landrechte haben seit der Wirksamkeit des neuen bürgerl. Gesetzbuches unterlassen, sich bey Todeserklärungen mit dem Ordinariate ins Einvernehmen zu setzen. Andere haben fortgefahren, die angeführte Vorschrift des Hofdecrets vom J. 1803 zu beobachten.

---

[1] Hofdecret vom 17. December 1784, Nr. 379. Allgemeine Gerichts-Instruction vom 9. September 1785 §. 53, Nr. 464 der Josephinischen J. G. S.

[2] Hofdecret vom 11. Junius 1825 an das Innerösterreichische Appellations-Gericht, in Wagner's Zeitschrift 8. Heft von 1825, Nr. CXIX des Notizen Blattes.

Digitized by Google

Es entsteht nun die Frage, ob die gedachte Vorschrift durch das allg. bürgerl. Gesetzbuch aufgehoben worden sey oder nicht? Für beyde Meinungen streiten nicht unwichtige Gründe. Wir wollen nur einige davon anführen. Die bejahende Meinung stützt sich 1. darauf, daß durch das allg. bürgl. Gesetzbuch, wie das demselben vorgedruckte Kundmachungs-Patent aussagt, alle auf die Gegenstände dieses allgemeinen bürgerlichen Rechtes sich beziehenden Gesetze und Gewohnheiten außer Wirksamkeit gesetzt worden sind, zu welchen ungezweifelt auch die vormahligen Vorschriften über die Todeserklärung zum Zwecke der Wiederverehelichung gehören, in so weit sie nicht in das allgemeine bürgerl. Gesetzbuch aufgenommen worden sind. 2. Eine Rücksprache mit dem Ordinariate sey bey Ungültigerklärung der Ehe niemahls vorgeschrieben gewesen, obgleich bey derselben der nähmliche Grund eintritt, den man für die Einvernehmung des Ordinariats bey Todeserklärungen anzuführen pflegt. Es scheint daher, man habe bey Abfassung des allg. bürgerl. Gesetzbuches die durch das Hofdecret vom 22. Julius 1803 anbefohlene Mittheilung an das Ordinariat bedächtlich übergangen, um das Verfahren bey Ungültigerklärung der Ehe mit dem Verfahren bey der Todeserklärung in die gehörige Uebereinstimmung zu bringen. Dieses sey 3. um so wahrscheinlicher, als man gewiß in Ueberlegung nahm, daß bey dieser Angelegenheit von der Einmengung einer fremden Autorität, welche nach ihrem Institute weder berufen, noch geeignet ist, die Wahrscheinlichkeitsgründe über das Leben oder den Tod eines Verschollenen nach rechtlichen Grundsätzen zu prüfen und über außerordentliche oder verwickelte Thatumstände ein gegründetes Urtheil zu fällen, wenig Nutzen zu hoffen, wohl aber ein mehrfacher Nachtheil zu besorgen sey, indem die Todeserklärungen zum Zwecke der Wiederverehelichung, die, um ihren Zweck nicht zu verfehlen, immer sehr dringend sind, und ohnehin wegen der auf ein ganzes Jahr gestellten Edictal-Vorladung und wegen ihres Laufes durch alle drey Instanzen viel Zeit zur Beendigung brauchen, durch eine Rücksprache mit der geistlichen Behörde noch mehr verzögert, und, da diese öfters ganz andere Ansichten, als die weltlichen Behörden von der Ehe überhaupt hat, leicht unangenehme Streitigkeiten und Weitläufigkeiten zur Beeinträchtigung der landesherrlichen Ge-

Digitized by Google

rechtsame in Ehesachen herbeygeführt würden. Ohnehin sey der beyzuziehende politische Repräsentant in der Regel vom geistlichen Stande, und ein in kirchlichen Geschäften wohl bewanderter Mann. Wozu also noch andere Geistliche hören. 4. Werde in der neuesten Vorschrift über das Verfahren in streitigen Eheangelegenheiten die Art und Weise, wie bey der Ungültigerklärung und Trennung einer Ehe vorgegangen werden soll, weitläufig auseinander gesetzt, aber kein Wort gesagt, daß bey der Ehetrennung, die das Gesetz nach einer ausgesprochenen Todeserklärung des abwesenden oder vermißten Ehegatten als von selbst erfolgt betrachtet, das competente Gericht vor Schöpfung des Erkenntnisses sich mit dem Ordinariate in das Vernehmen setzen solle. Eben so wenig komme eine Meldung von der Vernehmung des Ordinariates in dem Justiz-Hofdecrete vom 17. Februar 1827 vor, wodurch ein dem bey Todeserklärungen sehr ähnliches Verfahren normirt wird, nähmlich wie in Fällen vorzugehen sey, wo in Ermanglung des Todtenscheines über den wirklich erfolgten Tod eines Vermißten der Beweis durch Zeugen angebothen wird.

2. Hingegen fehlt es auch nicht an Gründen, welche für die verneinende Meinung sprechen. Solche sind: 1. Vermöge des das allg. bürgerl. Gesetzbuch einführenden Kundmachungs-Patentes bleiben die über politische Gegenstände kundgemachten, die Privatrechte beschränkenden, oder näher bestimmenden Verordnungen, obschon in diesem Gesetzbuche sich darauf nicht ausdrücklich bezogen wird, in ihrer Kraft. Als eine solche Verordnung aber scheine die Vorschrift des Hofdecretes vom 22. Julius 1803, von welcher die Frage ist, betrachtet werden zu müssen. 2. Die Todeserklärung eines verschollenen Ehegatten sey eine Ausnahme von der Anordnung des §. 62 des allg. bürgerl. Gesetzbuches, daß derjenige, der schon verehelichet war, und sich wieder verehelichen will, die erfolgte Trennung des Ehebandes, mithin bey katholischen Personen den Tod des Gegentheiles, rechtmäßig beweisen muß, und zwar eine Ausnahme, die sowohl im Hofdecrete vom 22. Julius 1803 als auch im §. 114 des allg. bürgerl. Gesetzbuches von der höchsten Schlußfassung abhängig gemacht worden ist. Sie sey daher als eine Art rechtlicher Dispensation anzusehen. Bey Ertheilung der Dispensationen in Ehesachen aber haben sich nach §. 83 des allg.

Digitized by Google

bürgerl. Gesetzbuches die Behörden vorläufig in das weitere Vernehmen mit dem Ordinariate zu setzen. Es scheine daher der Analogie gemäß zu seyn, daß die Justiz-Behörden auch bey Todeserklärungen, wo es sich um das impedimentum ligaminis handelt, vorläufig mit dem Ordinariate Rücksprache pflegen. Im Grunde sey eine solche Rücksprache mit dem Ordinariate weiter nichts, als eine Anfrage bey demselben, ob es die kirchliche Erlaubniß zur priesterlichen Einsegnung der neuen Ehe des zurückgelassenen Ehegatten ertheilen werde. Da nun eine solche Anfrage bey dem Ordinariate in allen Fällen, wo ein sogenanntes canonisches Ehehinderniß vermuthet wird, vorgeschrieben und gewöhnlich ist; so lasse es sich wohl nicht behaupten, daß sie in den Fällen, wo das wichtigste canonische Hinderniß des noch bestehenden früheren Ehebandes obwalten kann, abgeschafft worden sey. 3. Es sey eine wichtige Pflicht der Ordinarien, darüber zu wachen, daß Niemand mit dem Hindernisse des noch bestehenden Ehebandes getrauet werde. Wenn das Ordinariat nicht durch die vorläufige Einsicht der Acten einer Todeserklärung die Beruhigung erhielte, daß die bestandene Ehe höchst wahrscheinlich durch den Tod des vermißten Ehegatten aufgelöst worden sey, so dürfte es in einzelnen Fällen Schwierigkeiten machen, der neuen Ehe die priesterliche Einsegnung angedeihen zu lassen. Dergleichen Anstände aber wolle unsere Gesetzgebung vermieden wissen. Man könne daher nicht annehmen, daß sie die Absicht gehabt habe, eine Vorschrift, welche auf Beseitigung solcher Anstände abzielte, im allg. bürgerl. Gesetzbuche stillschweigend aufzuheben. 4. Die Todeserklärung beruhet nicht auf einem directen Beweise des Todes, sondern auf einer gesetzlichen Vermuthung aus Zusammentreffen der Umstände, wobey vieles auf die subjective Ueberzeugung der Urtheilenden ankommt, und die höchste Vorsicht nöthig ist. Der Gesetzgeber wollte zu diesem Ende die Einsichten sowohl weltlicher als geistlicher Behörden vereinigen. Dieser Grund beibt auch nach eingetretener Wirksamkeit des allg. bürgerl. Gesetzbuches in voller Kraft. Wie könnte man also die Abschaffung eines Gesetzes behaupten, welches aus diesem noch fortdauernden Grunde erlassen worden ist, besonders da nach §. 9 des allg. bürgerl. Gesetzbuches, Gesetze so lange ihre Kraft behelten, bis sie vom Gesetzgeber abgeändert, oder ausdrücklich aufgehoben werden.

Digitized by Google

3. Die letztere Meinung ist zwar schon durch die allerhöchste Entschließung vom 11. May 1821 sanctionirt worden, jedoch mit dem Unterschiede, daß nicht mehr das Landrecht, sondern die oberste Justiz-Stelle, bevor sie ihr Erkenntniß schöpft, die dießfälligen Verhandlungen noch dem betreffenden Ordinariate mitzutheilen, und die Bemerkungen desselben einzuhohlen habe. Sollte der Beschluß der obersten Justiz-Stelle von der Meinung des Ordinariats verschieden ausfallen, so sey die Entschließung Sr. Majestät darüber einzuhohlen; aber eben diese Abänderung des Hofdecretes vom 22. Julius 1803 hat Anlaß zu Vorstellungen gegeben, deren Erledigung durch die allerhöchste Entschließung vom 9. März 1830 endlich dahin erfolgte, daß es bey der allerhöchsten Entschließung vom 11. May belassen wird [1].

4. Schließlich habe ich noch zu bemerken, daß die Religionsverschiedenheit in dem Verfahren bey Todeserklärungen keine Verschiedenheit begründe. Nur versteht es sich von selbst, und ist auch in dem Hofdecrete vom 22. Julius und 4. October 1803 hinlänglich angedeutet, daß sich die Rücksprache mit dem Ordinariate auf die Todeserklärung verschollener protestantischer Ehegatten nicht bezog; bey der Todeserklärung der nicht unirten Griechen aber erscheint sie durch die Worte jener Hofdecrete nicht ausgeschlossen.

§. 213.

Wirkung der feyerlichen Todeserklärung.

1. Der Tag, an welchem eine Todeserklärung ihre Rechtskraft erlangt hat, wird für den rechtlichen Sterbetag eines Abwesenden gehalten [2]. Die Todeserklärung aber, die von einem Ehegatten zum Zwecke der Wiederverehelichung angesucht wird, gelangt sogleich, als sie bewilliget wird, zur Rechtskraft, weil sie auf der höchsten Schlußfassung, gegen welche kein Rechtsmittel mehr offen steht, beruhet. Also wird rechtlich dafür gehalten, daß der verschollene Ehegatte an dem Tage gestorben sey, an welchem er von der obersten Justiz-Stelle für todt erklärt worden ist. Durch

[1] Hofkanzley-Decret vom 12. May 1830 in den polit. G. S. B. 58. Nr. 54. S. 141.

[2] Allg. bürgerl. Gesetzbuch §. 278.

Digitized by Google

die Todeserklärung wird jedoch die Ehe eigentlich nicht getrennt, sondern es wird dadurch nur die gesetzliche Vermuthung begründet, daß die Ehe durch den am Tage der Todeserklärung erfolgten Tod des verschollenen Ehegatten getrennt worden sey. Diese Vermuthung ist nicht einmahl eine unumstößliche (praesumtio juris et de jure), weil, wie der angeführte §. 278 des b. G. B. fortfährt, eine Todeserklärung den Beweis nicht ausschließt, daß der Abwesende früher oder später gestorben, oder daß er noch am Leben sey. Nichtsdestoweniger berechtiget sie den zurückgelassenen Ehegatten des Verschollenen zu einer neuen Ehe zu schreiten, weil letzterer nun in rechtlicher Hinsicht als todt und die Ehe als aufgelöst erscheint. Würde jedoch der Beweis hergestellt, daß der verschollene Ehegatte zur Zeit, als der Zurückgelassene die neue Ehe schloß, noch lebte, so wäre diese ungültig, weil das vorige Eheband noch bestand und als ein Ehehinderniß der neuen Ehe in den Weg trat. Letztere könnte daher nicht bloß auf Ansuchen des noch lebenden Verschollenen, sondern sie müßte sogar von Amtswegen, weil das bestehende Eheband ein Ehehinderniß des öffentlichen Rechtes ist, für nichtig erklärt, und der wiederverehelichte Theil angewiesen werden, in die eheliche Gemeinschaft mit dem vorigen Ehegatten, falls dieser nach der Todeserklärung wieder erschiene, zurückzukehren. Dieses verordnet auch ausdrücklich das canonische Recht [1]. Nur dann, wenn sowohl der Verschollene als der zurückgelassene Ehegatte akatholische Christen wären, und der eine oder der andere eine im §. 115 des a. b. G. gegründete Ursache hätte, auf die Trennung der Ehe zu klagen, könnte ihre Wiedervereinigung unterbleiben. Doch kann der Beyschlaf, welchen der zugelassene Ehegatte nach der Todeserklärung des Verschollenen mit dem neuen Ehegatten gepflogen hat, als kein förmlicher Ehebruch [2] angesehen, mithin nicht als eine Trennungsursache geltend gemacht werden.

2. Wird die neue Ehe eines zurückgelassenen Ehegatten nach der Wiedererscheinung des Verschollenen oder nach geführtem anderweitigem Beweise seines noch fortdauernden Lebens für ungültig erklärt, sind die in derselben gezeugten Kinder als eheliche oder als

[1] Can. 1. caus. XXXIV. quaest. 1. Cap. 2. de secund. nupt. (IV. 21.)
[2] Can. 5. Caus. XXXIV. quaest. 1.

Digitized by Google

uneheliche Kinder anzusehen? Der §. 160 des allg. bürgerl. Gesetzbuches stellt die Regel auf: »Kinder, die zwar aus einer ungülti»gen, aber aus keiner solchen Ehe erzeugt worden sind, der die in »den §§. 62—64 angeführten Hindernisse (nähmlich des bestehen»den Ehebandes, der höheren Weihen, der feyerlichen Ordensge»lübde und der Religionsverschiedenheit) entgegen stehen, sind »als eheliche anzusehen, wenn wenigstens einem ihrer Aeltern die »schuldlose Unwissenheit des Ehehindernisses zu Statten kommt.« Diese Bedingung trifft zwar in dem gesetzten Falle meistens bey beyden Ehegatten, welche die neue Ehe mit einander geschlossen haben, ein; aber der Gültigkeit dieser Ehe steht das Hinderniß des noch bestehenden Ehebandes im Wege, und Kinder aus einer solchen Ehe, die wegen dieses Hindernisses ungültig ist, können nach den Worten des §. 160 nicht als ehelich erzeugt angesehen werden, obgleich sich ihre Aeltern in der schuldlosen Unwissenheit des Ehehindernisses befanden. Jedermann wird die Härte dieser Behauptung fühlen, und fragen: ob es dann im bürgerl. Gesetzbuche keinen Anhaltspunct für die mildere Meinung gebe. Ich kann dafür bloß einige allgemeine Betrachtungen anführen. Die beyden Personen, die nach der Todeserklärung des verschollenen Ehegatten sich geehelichet haben, sind mit Bewilligung der höchsten Behörde gesetzmäßig in den Besitz der ehelichen Rechte gekommen; in Ausübung ehelicher Rechte aber können sie keine unehelichen Kinder zeugen. Dieses wäre ein Widerspruch. Wenn das Gesetz eine Handlung gestattet, muß es alle damit verbundenen rechtlichen Folgen ebenfalls wollen und sanctioniren. Authorisirt also das Gesetz nach der Todeserklärung des einen Ehegatten eine neue Ehe des andern, so muß es auch die darin erzeugten Kinder für ehelich gelten lassen, und ihren Zustand nicht selbst einer Ungewißheit Preis geben; sonst würde es die mögliche Erzeugung unehelicher Kinder authorisiren. Der Beyschlaf zwischen den neuen Eheleuten ist weder nach dem österreichischen, noch nach dem canonischen Rechte ein Ehebruch. Es können daher auch die daraus erzeugten Kinder nicht für unehelich gehalten werden. Nach dem canonischen Rechte ist die eheliche Geburt solcher Kinder außer Zweifel, wenn nur wenigstens ein Theil der neuen Eheleute sich im guten Glauben befand

Digitized by Google

und die neue Ehe unter kirchlicher Autorität geschlossen wurde[1]. Beydes wird in unserm Falle vorausgesetzt. Sollte wohl unsere für das Beste schuldloser Kinder überall so sehr besorgte Gesetzgebung wirklich die Absicht gehabt haben, im gesetzten Falle gegen dieselben sich strenger zu zeigen als die canonische, oder wäre es nicht vielmehr anzunehmen, daß dieser besondere Fall bey der Textirung des §. 160 gar nicht zur Sprache gekommen, folglich unabhängig vom gedachtem §. nach den oben angeführten allgemeinen Rechtsregeln zu beurtheilen sey, nach welchen er gewiß seine Entscheidung erhalten hätte, wenn von ihm Meldung geschehen seyn würde?

§. 214.

Ist die neue Ehe des zurückgelassenen Ehegatten ohne vorläufige Todeserklärung des Verschollenen gültig?

Wie aber, wenn der von dem Verschollenen zurückgelassene Ehegatte, um dem schwierigen Beweise der zur Todeserklärung erforderlichen Umstände auszuweichen und geschwinder zu einer neuen Heirath zu gelangen, sich einen falschen Todtenschein des Verschollenen verschafft hätte, oder wenn ihm auch ohne sein Mitwissen von seinem neuen Liebhaber ein solcher Todtenschein zugekommen wäre, und er mit Vorweisung desselben, ohne die Todeserklärung angesucht und erwirkt zu haben, eine neue Ehe geschlossen hätte, wäre diese gültig oder nicht? Man muß hier drey Fälle die sich ergeben können, unterscheiden. Wir wollen dieselben mit römischen Zahlen bezeichnen und in den folgenden Paragraphen erörtern.

§. 215.

Erster Fall.

I. Es wird nachher bewiesen, daß der verschollene Ehegatte zur Zeit, als der zurückgelassene die neue Ehe einging, noch am Leben war. In diesem Falle ist an der Ungültigkeit der neuen Ehe nicht zu zweifeln, weil das Eheband, welches den zurückgebliebenen Ehegatten an den verschol-

[1] Cap. 3. §. 2 de clandestina despons. (IV. 3). Cap. 2, 3 et 14 qui filii sint legitimi (IV. 17).

nen knüpfte, und bey Schließung der neuen Ehe noch bestand, der Gültigkeit derselben ein Hinderniß in den Weg legte. Wäre aber der verschollene Ehegatte später wirklich gestorben, so könnte die neue Ehe convalidirt werden; jedoch müßte in dem Falle, als der zurückgebliebene Ehegatte von der Falschheit des Todtenscheines Kenntniß hatte, und wenn bey der Untersuchung des Verbrechens der zweyfachen Ehe oder bey den Verhandlungen über die Gültigkeit der neuen Ehe hervor käme, daß diese vollzogen worden sey, eine Dispens von dem Ehehindernisse des Ehebruchs, der in einem solchen Falle wirklich vorhanden wäre und bewiesen vorläge, erhalten werden, weil sonst dieses Hinderniß einer gültigen Convalidation entgegen stünde. War aber dem zurückgelassenen Ehegatten die Unechtheit des Todtenscheines unbekannt, so kann der mit dem neuen Ehegatten gepflogene Beyschlaf als kein förmlicher Ehebruch, mithin auch als kein Ehehinderniß angesehen werden [1], das vor der Convalidation der neuen Ehe aus dem Wege geräumet werden müßte.

§. 216.

Zweyter Fall.

II. Es bleibt ungeachtet aller Nachforschungen das Leben oder der Tod des verschollenen Ehegatten zweifelhaft, somit ungewiß, ob der Abschließung der neuen Ehe das impedimentum ligaminis im Wege stand oder nicht. Das canonische Recht [2] erklärt in einem solchen Falle die neue Ehe nicht für ungültig, sondern verordnet nur, daß der zurückgebliebene Ehegatte, wenn er an dem Tode des Vermißten noch zu zweifeln Ursache hat, von dem andern, mit dem er sich wieder verehelichte, die Leistung der ehelichen Pflicht nicht fordern soll; wird sie aber von ihm gefordert, so soll er dieselbe leisten.

1. Strenger ist hierin das Oesterreichische Recht. Nach diesem müßte die neue Ehe des von einem Verschollenen zurückgelassenen Ehegatten in einem solchen Falle für ungültig erklärt wer-

[1] Caput 2 et 7 de eo, qui duxit in matr. quam polluit per adult. (IV. 7).

[2] Cap. 2 de sec. nupt. (IV. 21).

den. Denn zwischen dem zurückgelassenen und dem verschollenen Ehegatten bestand nach der Voraussetzung eine gültige Ehe. So lange diese Ehe von dem Gesetze als noch bestehend angesehen wird, kann sich der zurückgelassene Ehegatte nicht gültig wieder verehelichen. Sie erscheint aber dem Gesetze zu Folge als noch bestehend, so lange, bis die erfolgte gänzliche Auflösung des einmahl gültig geknüpften Ehebandes rechtmäßig erwiesen wird. Dieser Beweis kann aber nur dadurch geführt werden, daß entweder die gerichtliche Trennung der Ehe, oder der wirkliche oder wenigstens gesetzlich vermuthete Tod des einen Ehegatten gesetzmäßig dargethan wird. Eine gerichtliche Trennung der zwischen dem verschollenen und dem zurückgelassenen Ehegatten bestandenen Ehe ist, wie vorausgesetzt wird, nicht vorgenommen worden, kann also nicht erwiesen werden. Der falsche Todtenschein ist kein Beweis für die Auflösung des Ehebandes durch den wirklichen Tod. Die Abwesenheit oder Vermissung eines Menschen macht ihn auch noch nicht todt. Selbst das Eintreffen der im §. 24 des allg. bürgerl. Gesetzbuches angegebenen Umstände der Abwesenheit eines Ehegatten gibt nach §. 112 dem andern noch kein Recht, die Ehe für aufgelöset zu halten. Die Todeserklärung, nach welcher gesetzlich vermuthet wird, daß der verschollene Ehegatte todt und die Ehe dadurch getrennt sey, ist nicht angesucht worden. Also ist kein Beweis vorhanden, daß das Eheband zwischen dem verschollenen und dem zurückgebliebenen Ehegatten auf irgend eine der möglichen Arten aufgelöset worden sey, mithin wird es rechtlich als noch bestehend angenommen. Der Richter muß daher in dem angeführten zweyten Falle die neue Ehe des zurückgelassenen Ehegatten für eine mit dem impedimento ligaminis geschlossene Ehe ansehen, folglich für ungültig erklären.

2. Ferner: Die Untersuchung über die Gültigkeit der neuen Ehe wird entweder vor Ablauf der Zeit, nach deren Verstreichung der Tod eines vermißten Ehegatten vermöge §. 24 des b. G. B. vermuthet wird, oder nach Ablauf dieser Zeit vorgenommen. Im ersten Falle steht für den Tod des verschollenen Ehegatten, mithin auch für die durch denselben bedingte Gültigkeit der neuen Ehe keine gesetzliche Vermuthung. Da nach der Voraussetzung der Tod auch nicht erwiesen werden kann, so ist es dem Richter unmöglich,

Digitized by Google

für die Gültigkeit der neuen Ehe zu sprechen. Im zweyten Falle hingegen wird zwar der Tod des Abwesenden vermuthet, aber nur in so fern es sich um Uebertragung der Erbrechte handelt; nicht aber auch in so fern es um die Wiederverehelichung des zurückgelassenen Ehegatten zu thun ist. Denn der bloße Verlauf der zur Todeserklärung bestimmten Zeit berechtiget nach §. 112 den zurückgelassenen Ehegatten noch nicht, die Ehe für aufgelöset zu halten, und zu einer andern Ehe zu schreiten, sondern nur die gerichtliche Erklärung, daß der abwesende Ehegatte für todt zu halten und die Ehe getrennt sey, anzusuchen. Erst der Tag, an welchem die Todeserklärung ihre Rechtskraft erlangt hat, wird für den rechtlichen Sterbetag des abwesenden Ehegatten nach §. 278 des b. G. B. gehalten. So lange also die rechtskräftige Todeserklärung nicht erfolgt ist, kann der Richter, welcher über die Gültigkeit der neuen Ehe sprechen soll, nicht dafür halten, daß der Sterbetag des abwesenden Ehegatten schon erschienen, das mit demselben bestehende Eheband schon gelöset, folglich die neue Ehe gültig sey. Er muß also auf die Ungültigkeit der neuen Ehe erkennen.

3. Man wende nicht ein, daß nach §. 99 des allg. bürgerl. Gesetzbuches die Vermuthung immer für die Gültigkeit der Ehe, also in unserem Falle auch für die Gültigkeit der neuen Ehe sey, und das angeführte Ehehinderniß (im gesetzten Falle, das des bestehenden früheren Ehebandes) vollständig bewiesen werden müsse. So lange also der Beweis, daß die vorige Ehe noch bestehe, nicht geliefert wird, was nach der Voraussetzung in unserm Falle unmöglich ist, müsse der Richter für die Gültigkeit der neuen Ehe sprechen. Darauf läßt sich erwiedern: unstreitig bestehe auch für den Fortbestand einer gültig geschlossenen Ehe, so lange die Vermuthung, bis das Factum der Auflösung derselben rechtmäßig erwiesen wird. Sobald aber diese Vermuthung besteht, ist die Vermuthung für die Gültigkeit der neuen Ehe ausgeschlossen, weil sie eine Vermuthung für die Gültigkeit der Bigamie, also ein Absurdum wäre. Das gegen die Gültigkeit einer Ehe angeführte Hinderniß muß freylich vollständig bewiesen werden, aber nur dann, wenn für das Daseyn desselben nicht ohnehin die Vermuthung besteht, welche bekannter Maßen von dem Beweise befreyet.

4. In eine größere Verlegenheit als der Richter käme ein

Digitized by Google

Beichtvater, welchem ein Ehegatte die Entdeckung machte, daß er mittelst eines falschen Todtenscheins seines verschollenen Ehegatten zur zweyten Ehe geschritten sey. Was könnte er seinem Beichtkinde rathen, um ihm zur Convalidation der zweyten ungültigen Ehe zu verhelfen, und ihn doch nicht der Gefahr Preis zu geben, wegen des Verbrechens des Betruges [1] oder einer zweyfachen Ehe in die Criminal-Untersuchung gezogen zu werden? Da das canonische Recht in einem solchen Falle dem zurückgelassenen Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft mit dem neu angetrauten gestattet, nur mit der Beschränkung, daß er zwar die eheliche Pflicht nicht selbst fordern, wohl aber dieselbe auf Begehren des neuen Ehegatten leisten soll; so hält es die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft zwischen den neuen Ehegatten nicht für schlechterdings unmoralisch. Daher kann sie auch der Beichtvater seinem Beichtkinde unter der nähmlichen Beschränkung erlauben. Nach fünf Jahren, binnen welchen das Verbrechen verjährt wird, kann er ihm den Rath geben, die Todeserklärung des verschollenen Ehegatten anzusuchen, wenn er die dazu erforderlichen Umstände beweisen zu können glaubt.

§. 167.

Dritter Fall.

III. Es wird in der Folge bewiesen, daß zur Zeit der Wiederverehelichung des zurückgelassenen Ehegatten der Verschollene bereits gestorben sey. Die Entscheidung der Frage, ob in diesem Falle die neue Ehe des zurückgebliebenen Ehegatten für gültig oder für ungültig zu halten sey, hängt davon ab, ob die Unterlassung der befohlenen Todeserklärung als ein eigenes, für sich bestehendes, Ehehinderniß anzusehen sey oder nicht. Durch Herstellung des Beweises, der verschollene Ehegatte sey bey Schließung der neuen Ehe des zurückgebliebenen schon todt gewesen, wird zwar allerdings die gesetzliche Vermuthung entkräftet, daß die neue Ehe mit dem Hindernisse des noch bestehenden vorigen Ehebandes geschlossen worden sey; aber es kann noch der Zweifel entstehen, ob bey Schließung derselben

[1] Strafgesetzbuch I. Thl. §. 178 d.

Digitized by Google

nicht ein anderes, in Vernachlässigung der gerichtlichen Todeserklärung bestehendes, Ehehinderniß eingetreten sey, welches sie ungültig machte.

Für die bejahende Meinung oder für die Ungültigkeit der neuen Ehe lassen sich folgende Gründe anführen:

a) Derjenige, der mittelst eines falschen Todtenscheines, also eines Betruges und mit Hintansetzung der gesetzlichen Vorschriften die Schließung der neuen Ehe bewirket hat, verdient nicht, daß er von dem Gesetze in den aus dem Ehevertrage herrührenden Rechten geschützt werde.

b) Aus den Worten des §. 112 in ihrem Zusammenhange leuchtet die klare Absicht des Gesetzgebers hervor, daß der von einem Verschollenen zurückgelassene Ehegatte kein Recht haben soll, die Ehe für aufgelöset zu halten und zu einer neuen Ehe zu schreiten, ohne die Todeserklärung unter Darlegung der hierzu vorgeschriebenen Erfordernisse angesucht und von dem competenten Richter bewilliget erhalten zu haben. In dem gesetzten Falle hat der zurückgelassene Ehegatte die Todeserklärung des Verschollenen weder angesucht noch bewirkt. Also hatte er kein Recht, die Ehe mit dem Verschollenen für getrennt anzusehen, und sich in eine neue Ehe einzulassen. Es fehlte ihm das gesetzliche Vermögen oder die rechtliche Fähigkeit, eine neue Ehe zu schließen. Diese muß daher für ungültig angesehen werden.

c) Vor dem Anfange des jetzt laufenden Jahrhunderts wurde der zurückgebliebene Ehegatte eines Abwesenden oder Vermißten, dessen Leben oder Tod unbekannt war, zu einer neuen Ehe schlechterdings nicht zugelassen, und dieselbe, wenn er sie doch einging, für ungültig gehalten. In den vielen vorhergegangenen Kriegsjahren mehrte sich die Anzahl Verschollener, besonders Militär-Personen, deren zurückgelassene Ehegatten sich an die Staatsverwaltung mit Gesuchen um Zulassung zu einer neuen Ehe wandten. Es wurden Verhandlungen über die Frage: ob und mit welchen Vorsichten allenfalls eine Wiederverehelichung gestattet werden könnte, eingeleitet. Nach mehrjähriger Berathung ward endlich durch das Hofdecret vom 22. Julius 1803 die Allerhöchste, später auch in das allg. bürgerl. Gesetzbuch aufgenommene, Entschließung kund gemacht, welche das Ansuchen um Todeserklärung des Verscholle-

Digitized by Google

nen und die erfolgte Bewilligung derselben, als Mittel zu einer neuen Ehe zu gelangen, vorschreibt. Wenn nun der zurückgebliebene Ehegatte eines Verschollenen dieses gesetzlich vorgezeichnete Mittel verschmäht und eigenmächtig zu einer neuen Ehe schreitet, wird für ihn nicht das Recht eintreten, welches vor der Einführung der Todeserklärungen zum Zwecke der Wiederverehelichung galt?

d) Der Landesfürst hat Anfangs die Bewilligung der Todeserklärung und somit auch die Ertheilung der Erlaubniß, zu einer neuen Ehe zu schreiten, unmittelbar sich selbst vorbehalten. Konnte nun eine Ehe, die der zurückgelassene Ehegatte des Verschollenen eigenmächtig ohne Allerhöchste Bewilligung eingegangen hat, gültig genannt werden? Im Allgemeinen werden ja Handlungen, die der Landesfürst seiner Höchsteigenen Bewilligung vorbehält, wenn sie ohne diese vorgenommen werden, für ungültig gehalten. Jetzt ist zwar die Bewilligung der Todeserklärung des Verschollenen und folgeweise auch die Bewilligung der Wiederverehelichung des zurückgebliebenen Ehegatten der obersten Justizstelle überlassen. Aber soll denn die Hintansetzung der vorgeschriebenen Einwilligung des obersten Gerichtshofes einen minder wesentlichen Einfluß auf die in der Frage begriffene neue Ehe eines Ehegatten haben, als die Vernachlässigung der Einwilligung des Vaters, der vormundschaftlichen Gerichtsbehörde oder des Militär-Vorgesetzten auf die Ehe eines Kindes, eines Pupillen, oder einer Militär-Person? Sind die Ehen dieser Personen ohne Erwirkung der erforderlichen Einwilligung ungültig, wie kann man es wagen zu behaupten, daß die Wiederverehelichung eines Ehegatten, dessen Gegentheil verschollen ist, ohne Bewilligung der obersten Justizstelle, welche in einem solchen Falle die Stelle des Landesfürsten vertritt, gültig sey?

e) Die neue Ehe des von einem Verschollenen zurückgelassenen Ehegatten würde man ohne Bedenken für ungültig erklären, wenn sie zu einer Zeit, da der Verschollene, wie man später erfuhr, schon todt war, ohne Aufgeboth geschlossen worden wäre. Die Consequenz erfordert es, daß man dieselbe auch dann für ungültig ansehe, wenn sie zu einer solchen Zeit ohne Todeserklärung des Verschollenen eingegangen wurde. Denn der Act der Todes-

Digitized by Google

erklärung hat eben denselben Zweck, als das Aufgeboth, nähmlich ein Ehehinderniß zu entdecken, das der neuen Ehe des zurückgelassenen Ehegatten entgegenstehen könnte, und zwar eben das bedenklichste und wichtigste des vielleicht noch mit dem Verschollenen fortbestehenden Ehebandes [1].

2. Für die verneinende Meinung hingegen, d. i. für die Gültigkeit der neuen Ehe im gegebenen Falle streiten nachstehende Gründe:

a) Die ganze Todeserklärung ist bloß darauf berechnet, sich zu versichern, daß der Wiederverehelichung des von dem Verschollenen zurückgelassenen Ehegatten nicht das Hinderniß des noch bestehenden frühern Ehebandes im Wege stehe. Wird in der Folge vollständig erwiesen, daß bey der Wiederverehelichung dieß nicht der Fall war, so ist der Zweck erreicht. Der Mangel der Todeserklärung erscheint als gleichgültig. Warum sollte man also bloß wegen desselben die neue Ehe für ungültig erklären? Wäre die Todeserklärung wirklich vorgenommen worden, so wäre man auf kein anderes Resultat gekommen, als welches sich jetzt aus dem Beweise des zur Zeit der Wiederverehelichung bereits erfolgten Todes des Verschollenen ergibt. Damahls hätte man also die Schließung der neuen Ehe dem Zurückgelassenen gestatten müssen. Warum will man jetzt dieselbe für nichtig ansehen, da man eben so gut als es durch die Todeserklärung hätte geschehen können, weiß, daß sie mit dem befürchteten impedimento ligaminis nicht geschlossen worden ist?

b) Die Uebergehung der Todeserklärung eines abwesenden oder vermißten Ehegatten bey der Wiederverehelichung des zurückgebliebenen wird im allg. bürgl. Gesetzbuche nirgends für ein Ehehinderniß erklärt. Die Todeserklärung selbst besteht in einer Reihe von Förmlichkeiten, die das Gesetz bey Eingehung der neuen Ehe eines solchen Ehegatten anordnet. Die Außerachtlassung der Förmlichkeiten bey Schließung einer Ehe macht diese nicht ungültig, es sey dann, daß das Gesetz die Vernachlässigung derselben durch die

[1] Die Gründe für diese Meinung habe ich schon bey einer andern Gelegenheit entwickelt in des Herrn Vice-Präsidenten Pratobevera Materialien IV. Bd. S. 222—229.

Digitized by Google

Ungültigkeit der Ehe sanctionirt, welches aber in Rücksicht der auf Wiederverehelichung abzweckenden Todeserklärung nicht geschieht. Im Zweifel hat die Uebertretung gesetzlicher Vorschriften bey der Verehelichung nur die Wirkung eines Eheverbothes, nicht eines Ehehindernisses, d. i. sie macht die Schließung der Ehe nur unerlaubt, nicht aber diese selbst ungültig.

c) In dem allg. bürgerl. Gesetzbuche sind die Ehehindernisse nur einschließlich bis zum §. 76 verzeichnet. In allen folgenden §§. kommt nur noch eines vor im §. 119, welches aber sowohl in diesem als im § 94 ausdrücklich für ein solches erklärt wird. In Ansehung der Vorschriften der §§. 112 — 114 über die Todeserklärung findet sich weder in diesem, noch in andern §§. des allg. bürgerl. Gesetzbuches eine solche Verfügung.

d) Wäre im gesetzten dritten Falle die Umgehung der Todeserklärung des verschollenen Ehegatten ein der Wiederverehelichung des Zurückgelassenen im Wege stehendes Ehehinderniß, so müßte es entweder ein Hinderniß des öffentlichen oder des Privat-Rechtes seyn. Ein Privat-Hinderniß ist sie nicht, denn da vorausgesetzt wird, und bewiesen ist, daß der verschollene Ehegatte zur Zeit der Wiederverehelichung des zurückgebliebenen bereits gestorben war, so wurden durch diese die Privat-Rechte keines Menschen verletzt. Wäre sie aber ein öffentliches Hinderniß, so müßte dasselbe im §. 94, wo alle Hindernisse des öffentlichen Rechtes aufgezählt werden, verzeichnet seyn.

e) Das ordentliche Mittel für einen Ehegatten, zu einer neuen Ehe zu gelangen, ist die Vorweisung des Todtenscheines, das außerordentliche die Bewirkung der Todeserklärung des anderen Ehegatten. Ist jedoch der Todtenschein auch nicht vorgewiesen worden, aber doch der Beweis hergestellt, daß der andere Ehegatte zur Zeit der geschlossenen neuen Ehe bereits todt war, so ist die neue Ehe gültig. Warum sollte sie also nicht auch gültig seyn, wenn gar keine Todeserklärung des anderen Ehegatten erfolgt ist, aber doch bewiesen wird, daß zur Zeit der Wiederverehelichung des zurückgelassenen Ehegatten der Verschollene nicht mehr lebte? Soll denn die Vernachlässigung des ordentlichen Mittels gleichgültiger seyn, als die des außerordentlichen?

f) Die neue Ehe des von einem verschollenen hinterlassenen

Digitized by Google

Gatten, welcher sonst nichts im Wege steht, könnte von dem Gerichte nur deßwegen für ungültig erklärt werden, weil der Verschollene noch am Leben zu seyn vermuthet wird, bevor er für todt erklärt worden ist; diese Vermuthung aber ist bekanntlich keine praesumtio juris et de jure und muß der Wahrheit, d. i. dem Beweise, daß der Verschollene schon zur Zeit der eingegangenen neuen Ehe verstorben sey, weichen. Nach Herstellung dieses Beweises fällt also jeder Grund weg, aus welchem der Richter auf die Ungültigkeit einer solchen Ehe zu erkennen hätte.

g) Endlich kann aus der vernachlässigten Beobachtung der Vorschriften der §§. 112 — 114 die Ungültigkeit der neuen Ehe eben so wenig gefolgert werden, als aus der Unterlassung einiger andern Vorsichten, die das allg. bürgerl. Gesetzbuch zur Verhinderung ungültiger Ehen und der Polygamie eingeführt hat; z. B. aus der unterlassenen Eidesleistung in den Fällen der §§. 86 und 87 vermöge Hofdecretes vom 23. September 1817, Nr. 1372 der J. G. S. So lange das Gesetz selbst die Außerachtlassung einer Vorschrift nicht als Ehehinderniß aufstellt, darf sich der Richter daraus keines schaffen. Die Gründe für die letztere Meinung sind so überwiegend, daß sie in der Praxis ohne Zweifel die Oberhand behalten wird.

§. 218.

Todeserklärungen bey dem Militär.

Die Todeserklärungen, die bey dem Militär in Absicht auf eine Wiederverehelichung vor sich gehen, haben mehrere Eigenheiten, die insbesondere angeführt zu werden verdienen. Auf Veranlassung der Allerhöchsten Entschließung, die dem Justiz-Hofdecrete vom 22. Julius 1803, Nr. 619 zum Grunde liegt, hat auch der Hofkriegsrath unter dem 18. September 1803[1] an sämmtliche Militär-Behörden eine auf die besondern Verhältnisse des Militärs angewandte Vorschrift erlassen, nach welcher sich bey vorkommenden Gesuchen um die Todeserklärung eines abwesenden Ehegatten und um die Erlaubniß zur Wiederverehelichung zu be-

[1] Bey Hübler Militär-Oekonomie-System 16. B. §. 16166. S. 286.

Digitized by Google

nehmen wäre. Die Vorschrift wurde durch ein Decret der vereinigten Hofkanzley vom 4. October 1803, welches auch in der Justiz-Gesetzsammlung Nr. 628 erscheint, zur Kenntniß der sämmtlichen Länderstellen gebracht, und ist als die eigentliche Grundlage zu betrachten, auf welcher die Todeserklärungen beruhen, die bey dem ganzen Militär und in den Militär-Gränzen, um zu einer neuen Ehe schreiten zu dürfen, angesucht werden. Doch scheint diese Vorschrift durch das später kundgemachte allg. bürgerl. Gesetzbuch manche Veränderung erlitten zu haben.

§. 219.

Vorläufige Sammlung der zur Todeserklärung nöthigen Behelfe mittelst der Corps- oder Regiments-Commanden.

1. Die erwähnte Vorschrift sucht den um die Todeserklärung werbenden Militär-Parteyen zuvörderst die Sammlung der hierzu erforderlichen Behelfe zu erleichtern, indem sie verordnet:

a) »Wenn ein zur Militär-Jurisdiction gehöriger Ehegatte »der katholischen oder nicht unirten griechischen Religion über den »Tod seines abwesenden Ehegatten den gesetzmäßigen Beweis durch »einen legalen Todtenschein, oder zwey beeidete, bey dem Absterben des Abwesenden oder Vermißten selbst gegenwärtig gewesene »Zeugen nicht zu erweisen (herzustellen) vermag, und zu einer »zweyten Ehe schreiten will, hat sich derselbe anfänglich an den »betreffenden Corps- oder Regiments-Commandanten zu verwenden.«

b) »Die Sache gedachter Commandanten ist es dann, solchen »Individuen durch die eidliche Abhörung derjenigen Ober-Officiere, »Unter-Officiere und Gemeinen, die unter der Compagnie des Abwesenden oder Vermißten gedient haben, und mit ihm in eben »der feindlichen Vorfallenheit, wo er geblieben, oder vermißt »worden, gestanden, deßgleichen die mit ihm allenfalls in die »Gefangenschaft gerathen, oder in ein Spital abgegeben worden »sind, über alle ihnen von dem Abwesenden bekannten Umstände »an die Hand zu gehen, und zu trachten, daß entweder der Tod »des Abwesenden gehörig erwiesen, oder wenigstens, wohin er in »die Gefangenschaft abgeführt worden, oder wo er sonst hingekommen sey, soweit möglich erhoben werde.«

Digitized by Google

c) »Zeigt es sich, daß der Ort seiner Gefangenschaft oder »sein dort erfolgt seyn sollender Tod angegeben werde, so kann »in einem dergleichen Falle die Anzeige an den Hofkriegsrath ge»macht werden, um sich über das Leben oder den Tod eines solchen »Abwesenden den legalen Beweis durch die betreffenden k. k. Ge»sandtschaften zu verschaffen.«

2. Diese vorbereitenden Maßregeln sind laut der angeführten Verordnung ausdrücklich nur für Ehegatten, die sich zur katholischen oder nicht unirten griechischen Religion bekennen, vorgeschrieben; es wird sich aber am Ende des §. 221 ergeben, daß sie wenigstens jetzt auch auf protestantische beyder Confessionen anzuwenden sind. Nur das, was in den zwey folgenden Absätzen d und e folgt, scheint bloß für Katholiken und nicht unirte Griechen zu gelten, und auf Protestanten, für welche unter g eine eigene Verfügung getroffen worden ist, nicht ganz anwendbar zu seyn.

§. 220.

Gerichtsstand und Verfahren, wenn ein katholischer oder nicht unirter griechischer Ehegatte um die Todeserklärung wirbt, und zwar a) außer den Militär-Gränzen.

1. Ist durch dergleichen Nachforschungen dem die Todeserklärung ansuchenden Ehegatten ein legaler Todtenschein über das Ableben des Vermißten verschafft, oder durch zwey bey seinem Tode anwesende und beeidigte Zeugen über denselben ein vollständiger Beweis hergestellt worden, so kommt es nach dem, was die Vorschrift unter a verordnet, offenbar zu keiner Todeserklärung, sondern der zurückgebliebene Ehegatte kann ohne dieselbe gegen Vorweisung des legalen Todtenscheines oder des von dem Corps- oder Regiments-Commandanten über die Aussagen der Zeugen ausgestellten Zeugnisses zu einer neuen Ehe schreiten. Ist aber dieses nicht der Fall, so war vormahls und ist zum Theile noch jetzt das zu beobachten, was die oben gedachte Vorschrift weiter verfügt.

d) »Hat die Partey, die zu diesem Zwecke (der Todeser»klärung) hinreichend vermeinte Beweise zu Handen gebracht, so »hat dieselbe in den deutschen Erbländern, so wie bey den Feld-

»truppen in Ungarn und den dazu gehörigen Provinzen ihr Ge»such der Ordnung nach bey dem Judicium delegatum militare »oder militare mixtum anzubringen, wo ein Vertreter der Ehe »aufzustellen, und sich nach dem Patente vom 22. Februar 1791 »§. 3 und der hofkriegsräthlichen Verordnung vom 19. März des »nähmlichen Jahres zu benehmen seyn wird.«

2. Vermöge beyder hier berufenen Gesetze müßte bey dem Judicio delegato militari oder militari mixto, als dem in dieser Angelegenheit für competent erklärten Gerichtsstande, jenes Verfahren befolgt werden, welches in denselben bey der Ungültigerklärung oder Trennung einer Ehe vorgezeichnet war. Diese Gesetze sind aber durch das dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche vorgedruckte Kundmachungs-Patent außer Wirksamkeit gesetzt worden. Jetzt tritt also bey dem Judicio delegato, wenn es sich bey demselben um eine Todeserklärung zum Zwecke der Wiederverehelichung handelt, das Verfahren ein, welches in den §§. 113 und 114 des auch bey dem Militär geltenden allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für dergleichen Angelegenheiten besonders vorgeschrieben, und oben weitläufiger auseinander gesetzt worden ist, in so weit die Militär-Gesetze keine Abweichung davon enthalten. Es muß also vorerst ein Curator zur Erforschung des Abwesenden bestellt und dieser durch ein den Zeitungen drey Mahl einzuverleibendes Edict wie bey Civil-Gerichten vorgeladen werden. Ueber den letztern Punct enthält eine hofkriegsräthl. Verordnung vom 9. Junius 1813[1] folgende nähere Bestimmung: »Wenn das hinterlassene Weib eines »Soldaten (um Erlaubniß) zur zweyten Verehelichung wirbt, »weil es den ersten Mann vermöge dessen längerer unbekannten »Abwesenheit für todt hält, so ist vorher das für verstorben gehaltene »Individuum in der Wiener-Zeitung edictaliter zu citiren, wo»bey 1. zu berücksichtigen ist, daß solche Einberufungs-Edicte zwar »deutlich, jedoch mit der möglichsten Kürze abgefaßt, auch da, wo »es sich thun läßt, mehrere solcher Einberufungen in einem Edicte »veranlaßt werden. 2. Wird die Einrückung dieser Edicte jenen »Parteyen, deren Vermögensumstände die Kosten nicht gestatten, »und worüber sie ein Amtszeugniß des betreffenden Judicii dele-

[1] Bey Hübler 16. B. §. 16164, S. 286.

»gati militaris mixti beyzulegen haben, unentgeltlich zugestanden.
»3. Sind solche Edicte nie an Agenten, sondern an das hierländige
»Judicium delegatum militare mixtum einzusenden, welches die
»Einrückung derselben in die Wiener Zeitung zu besorgen hat.«
Da diese Verordnung des Hofkriegsrathes später, als das allg. bürgerl. Gesetzbuch in Wirksamkeit trat, erflossen ist, und von der Einrückung der Edicte nach Umständen auch in ausländische Zeitungen keine Meldung macht, so scheint es, daß eine solche Einrückung beym Militär zur Ersparung der Kosten nicht in Uebung gekommen oder es dem Ermessen der Militär-Gerichte überlassen ist, ob und in welche ausländische Zeitungen sie zu geschehen habe.

3. Nach verstrichener Edictal-Frist muß das Judicium delegatum abwarten, ob das Ansuchen um die Todeserklärung wiederhohlt wird. Geschieht dieses, so hat es erst einen Vertreter des Ehebandes zu bestellen, dann die Verhandlung ordentlich zu pflegen, zur Berathschlagung einen politischen Repräsentanten in der Person des bey dem General-Commando angestellten Feldkriegs-Secretärs [1] beyzuziehen, und endlich zu erkennen, ob das Gesuch zu verwilligen sey oder nicht. Im letzteren Falle gilt das oben §. 210 in Beziehung auf die Civil-Gerichte Gesagte; im erstern aber wird das weitere Verfahren in der oft erwähnten Vorschrift so bestimmt:

e) »Wenn das Judicium delegatum militare oder militare
»mixtum in einem solchen Falle auf die Bewilligung der zweyten
»Ehe einrathen zu müssen glaubt, sind die gesammten Acten nebst
»den Beweggründen, und zwar, wenn es eine ad militiam vagam
»gehörige Person betrifft, dem Vicarius apostolicus castrensis;
»bey einem ad militiam stabilem gehörigen Individuum aber dem
»betreffenden Ordinariate um seine Wohlmeinung und gutächtliche
»Aeußerung mitzutheilen; sonach aber deren abgegebene Wohlmei-
»nung mit der ganzen Verhandlung dem Hofkriegsrathe zu Erstat-
»tung des Vortrages an Seine Majestät zu unterlegen.«

4. Allein von dieser Mittheilung der Acten an den Vicarius apostolicus castrensis oder an den Ordinarius ist es, weil davon in dem später kundgemachten allg. bürgerl. Gesetzbuche nichts mehr

[1] Hofdecret vom 2. Julius 1802, Nr. 554 der J. G. S.

vorkommt, bey den Judiciis militaribus et mixtis vermöge einer eigenen vom Hofkriegsrathe unter dem 19. November 1822 an das allgemeine militärische Appellations-Gericht ergangenen Weisung, gänzlich abgekommen. Auch ist dem Hofkriegsrathe, wie der obersten Justizstelle in der Folge durch ein im Jahre 1818 erflossenes Allerhöchstes Handbillet die Erstattung des Vortrages an Se. Majestät erlassen und die unmittelbare Bewilligung der Todeserklärung gestattet worden.

§. 221.

b) In den Militär-Gränzen.

1. Die hofkriegsräthliche Vorschrift vom Jahre 1803 fährt so fort:

f) »So weit es aber die Militär-Gränzen betrifft, die in »geistlichen Angelegenheiten und Ehesachen den Diöcesan-Consisto»rien unterstehen, haben die Regimenter, die in solchen Fällen zur »zweyten Ehe schreiten wollenden Parteyen, wenn ihnen vor »der Hand nach der in a, b, c gegebenen Belehrung zur Herbey»schaffung der möglichsten Beweise an die Hand gegangen worden »ist, mit ihrem Gesuche an die betreffenden Diöcesan-Consistorien »zu weisen, welche in diesen Fällen zu entscheiden haben.«

2. Die Consistorien richten sich bey Entscheidung solcher Fälle natürlich nach ihren kirchlichen Gesetzbüchern. Die katholischen des lateinischen Ritus finden aber in ihrem corpus juris canonici darüber keine andere Norm, als das der Ehegatte eines Verschollenen zu keiner neuen Ehe zugelassen werden soll, es sey dann, er habe Gewißheit von dem Tode des letztern erhalten [1]. Was aber zur Erzeugung dieser Gewißheit erforderlich und wornach sie zu beurtheilen sey, davon schweigt das canonische Recht. Das Institut der Todeserklärung ist ihm gänzlich unbekannt. Die vorgedachten Consistorien müssen sich daher bey Beurtheilung einer solchen Angelegenheit mit dem behelfen, was das corpus juris canonici in den Titeln de praesumptionibus et probationibus und de testibus von Beweisen überhaupt enthält. Daher ist es auch leicht zu begreifen, warum Edictal-Vorladungen verschollener Militär-

[1] Cap. 19 de spons; cap. 2 de secund. nupt. (IV. 1 et 21).

Digitized by Google

Personen durch katholische Consistorien, deren Gerichtsbarkeit sich in die Militär-Gränze erstreckt, in keiner Zeitung jemahls zu lesen sind. Einen etwas festern Anhaltspunct bey Entscheidung solcher Fälle haben die griechischen Consistorien, sowohl die nicht unirten, als auch die unirten, welche bey der Vereinigung mit der lateinischen Kirche sich den Gebrauch ihres eigenen Rechtes vorbehalten haben. Denn sowohl in die Kormtschaja Kniga (48. Buch, XI. Tit. §. 3) als in die Pravila cap. 22, deren jene als geistliches Gesetzbuch für die slavisch, diese für die wallachisch redende orientalische Kirche gilt, steht die Verordnung des Kaisers Justinian in der Nov. XXII. cap. 7, vermöge welcher ein Ehegatte, wenn der andere in die Gefangenschaft gerathen und von seinem Leben oder Tod binnen fünf (nach der Pravila drey) Jahren nichts zu erfahren ist, die Trennung der Ehe und hiermit die Erlaubniß zur Wiederverehelichung erwirken kann.

§. 222.

Gerichtsstand und Verfahren, wenn ein protestantischer Militär-Ehegatte die Todeserklärung ansucht.

1. Der letzte Absatz der oft angeführten hofkriegsräthlichen Vorschrift bestimmt den Gerichtsstand, bey welchem, und die Art, wie die Todeserklärung verschollener Militär-Personen protestantischer Religion vorgenommen werden soll, mit folgenden Worten:

g) »In Hinsicht auf ähnliche Gesuche der augsburgischen und »helvetischen Confessions-Verwandten haben allenthalben die Judi»cia delegata oder militaria mixta einzuschreiten, und sich nach »demjenigen zu benehmen, was dießfalls der §. 51 des Ehe-Paten»tes vom 16. Januar 1783, und der §. 106 des vierten Hauptstü»ckes des allg. bürgerl. Gesetzbuches vorschreibt.«

2. Das Ehe-Patent aber, und das hier gemeinte allg. bürgerl. Gesetzbuch des Kaiser Josephs II. schreiben in den bezogenen §§. vor, daß der Abwesende vorher nach Vorschrift der Gerichtsordnung durch öffentliche Edicte drey Mahl vorgeladen, und der zurückgelassene Theil von dessen Ansprüchen nicht eher frey erklärt werden soll, als wenn der Abwesende binnen der anberaumten Frist sich nicht gerechtfertiget hat. Allein da das Josephinische Ehe-Patent und allg. bürgerl. Gesetzbuch durch das jetzt geltende allg.

Digitized by Google

bürgerl. Gesetzbuch außer Kraft gesetzt worden, und die §§. 113 und 114 des letztern allgemein, also auch in Rücksicht der protestantischen Militär-Ehegatten verbindlich sind, so waltet kein Zweifel ob, daß nun die Judicia delegata militaria oder militaria mixta bey Todeserklärungen, die von augsburgischen und helvetischen Confessions-Verwandten zum Zwecke der Wiederverehelichung angesucht werden, nach der Vorschrift der §§. 113 und 114 des neuen allg. bürgl. Gesetzbuches zu verfahren haben. In dem Großfürstenthum Siebenbürgen machten jedoch die protestantischen Consistorien vermöge der Landesverfassung auf die Gerichtsbarkeit bey Todeserklärungen der zu den Gränz-Regimentern gehörigen Personen, wenn selbe zum Zwecke der Wiederverehelichung begehret werden, Anspruch, und sollen auch im Besitze derselben seyn [1]. Sie richten sich aber dabey nach dem Ehe-Patente des Kaiser Joseph II., welches in Siebenbürgen in Ehesachen der Protestanten durch Landtagsbeschlüsse als verbindliches Gesetz angenommen worden ist, und als solches auch bey dem protestantischen Gränz-Militär vermöge der hofkriegsräthlichen Verordnung vom 8. May 1804 gilt.

3. Da der §. 112 des allg. bürgerl. Gesetzbuches zu einer auf Wiederverehelichung berechneten Todeserklärung fordert, daß die Abwesenheit des Verschollenen mit solchen Umständen begleitet sey, die keinen Grund an dem Tode desselben zu zweifeln übrig lassen; solche Umstände aber am leichtesten und sichersten von dem Regiments- oder Corps-Commandanten mittelst Vernehmung ihrer untergebenen Mannschaft erhoben werden können; so kann kein Zweifel Statt finden, daß die Bestimmungen der hofkriegsräthlichen Verordnung vom 18. September 1803 in a, b und c auch auf die Todeserklärung der Militär-Personen, welche der augsburgischen oder helvetischen Confession zugethan sind, anzuwenden seyen. Diese Bestimmungen haben auf die Religion nicht die geringste Beziehung, sondern enthalten für alle Religions-Parteyen gleich nützliche Vorbereitungen zu einer Todeserklärung, die also bey Protestanten ebenfalls nicht unterlassen werden können. Da-

[1] Bergmayr, das bürgl. Recht der k. k. Oesterreichischen Armee und der Militär-Gränzprovinzen I. Thl. §. LIII. S. 216.

Digitized by Google

her stünde der die katholische oder nicht unirte griechische Religion betreffende Zusatz, welcher unter a der oft erwähnten Vorschrift bey den Ehegatten vorkommt, unter d besser an seinem Platze.

§. 223.

Bemerkungen über das Institut der Todeserklärung in legislatorischer Hinsicht.

1. Nachdem alles, was die zum Zwecke der Wiederverehelichung vorzunehmende Todeserklärung betrifft, nach Thunlichkeit beleuchtet worden ist, glaube ich noch einige Bemerkungen, die ich bey Bearbeitung dieser Materie zu machen Gelegenheit hatte, beyfügen zu sollen. Sie beziehen sich auf das Institut der Todeserklärung überhaupt, wie es dermahlen besteht, und könnten vielleicht dereinst zur Anregung dienen, gedachtes Institut zu vereinfachen und eben dadurch zu vervollkommnen. Es ist bereits anderswo bemerklich gemacht worden, wie wenig Nutzen von der jetzt nothwendigen abermahligen Vorladung eines verschollenen Ehegatten in dem Falle zu erwarten sey, als derselbe schon ein Mahl nach vorausgegangener Citation durch Edicte für todt erklärt worden ist, und später von seinem zurückgelassenen Ehegatten eine neue Todeserklärung, um zu einer andern Ehe schreiten zu dürfen, begehrt wird. Es erheben sich aber überhaupt gegen die jetzt in Uebung stehende Vorschrift, vermöge welcher die Todeserklärung zur Uebertragung der Erbrechte von der Todeserklärung zum Zwecke einer neu einzugehenden Ehe völlig getrennt und jede bey einem andern Gerichte verhandelt werden muß, nicht unwichtige Bedenken und Anstände, die zur Sprache gebracht zu werden verdienen.

2. Dem gemeinen Menschenverstande kommt es vorerst sehr sonderbar vor, daß ein Verschollener, der von einem Gerichte in gesetzmäßiger Form schon einmahl für todt erklärt worden ist, und auch als todt behandelt wird, von einem anderen Gerichte noch als lebend angesehen und neuerdings aufgefordert wird, entweder persönlich zu erscheinen, oder Nachricht von sich zu ertheilen. Es ist ihm nicht wohl begreiflich, wie und warum der nähmliche Mensch in einer Rücksicht als todt, in der andern aber als nicht todt betrachtet werden sollte. Was in der Natur in jeder Rücksicht gilt, glaubt er, soll auch vor Gerichten so gelten. Die

Digitized by Google

abgesonderte Todeserklärung zum Zwecke der Uebertragung der Erbrechte und der Wiederverehelichung zwingt ferner zu der absurden Vermuthung, daß der Verschollene an zwey verschiedenen Tagen gestorben sey, nähmlich erstens an dem Tage, an welchem die gemeine Todeserklärung rechtskräftig geworden ist, und zweytens an dem Tage, an welchem der oberste Gerichtshof die feyerliche Todeserklärung ausgesprochen hat, weil es im §. 278 des allg. bürgerl. Gesetzbuches überhaupt heißt: »der Tag, an welchem »eine Todeserklärung ihre Rechtskraft erlangt hat, »wird für den rechtlichen Sterbetag eines Abwe»senden gehalten,« und die von der obersten Justizstelle ausgesprochene Todeserklärung sogleich, als sie bewilliget wird, zu Rechtskräften erwächst, indem gegen dieselbe, als ein auf höchster Schlußfassung beruhendes Erkenntniß, kein Rechtsmittel mehr offen steht. Die Ungereimtheit wird noch auffallender, wenn die nähmliche Person, welche später die Todeserklärung zum Zwecke der Wiederverehelichung bewirkt, bey der früheren, die zur Uebertragung der Erbrechte vor sich gegangen ist, als Allein- oder als Miterbe erschienen war. Sie muß dem Gesetze zu Gefallen dafürhalten, daß ihr verschollener Ehegatte zweymahl gestorben sey. In dergleichen Dinge können gemeine Leute sich nicht finden.

3. Wenn nach vorausgegangener gemeinen Todeserklärung noch eine andere, um zur Wiederverehelichung zu gelangen, Statt haben muß, so ist es eine sehr lästige, vielleicht mit Gefahr der Moralität verbundene, Verzögerung oder die gänzliche Vereitelung der zweyten Ehe die nothwendige oder gewöhnliche Folge davon. Der zurückgebliebene Ehegatte sucht die feyerliche Todeserklärung, deren Bewirkung beträchtliche Mühe und Auslagen verursachet, nicht in der ungewissen Hoffnung an, daß er mit der Zeit vielleicht eine Gelegenheit zur Wiederverehelichung finden dürfte, sondern er reicht ein solches Gesuch erst dann ein, wenn schon die Gelegenheit zur Eingehung einer neuen Ehe vorhanden ist. Wird aber die neue Brautperson wohl die Geduld haben, so lange zu warten, bis die neue Edictalfrist verflossen, die gerichtliche Untersuchung gepflogen, und die Todeserklärung erfolgt ist? Wenn seit der Geburt des Verschollenen bereits ein Zeitraum von 80 Jahren verflossen und der Ort seines Aufenthaltes seit 10 Jahren unbekannt geblieben ist,

oder wenn der Verschollene schon durch volle 30 Jahre gänzlich vermißt wird, so muß auch dessen zurückgelassener Ehegatte in seinem Alter schon ziemlich vorgerückt seyn. Hat ein Verwandter des Verschollenen, gestützt auf einen dieser beyden Umstände, die gemeine Todeserklärung erwirkt, so ist unterdessen der zurückgelassene Ehegatte wieder wenigstens um zwey Jahre älter geworden. Ist nun zur Wiederverehelichung des letztern eine abermahlige Todeserklärung nothwendig, so müßten die neuen Brautpersonen zum mindesten noch zwey Jahre warten, um ihren Zweck zu erreichen, nähmlich ein volles Jahr bis zum Verlauf der neuen Edictal-Frist; ein halbes Jahr bis das competente Gericht nach Wiederhohlung des Todterklärungsgesuches alle Umstände, die zur Begründung des unzweifelhaften Todes des abwesenden Ehegatten angeführt worden sind, gehörig erhoben, den Curator des Vermißten und den Vertheidiger der Ehe vernommen, das Gutachten des Ordinariats eingehohlt und mit Beyziehung eines politischen Repräsentanten das Erkenntniß geschöpft hat; endlich noch ein halbes Jahr, welches gewiß erforderlich ist, damit das gerichtliche Erkenntniß den vorgeschriebenen Zug durch die beyden höheren Instanzen hinauf und herab nehme und an den Bittsteller expedirt werden könne. Es ist nicht sehr wahrscheinlich, daß der unterdessen meistens grau gewordene Todeserklärungswerber so lange leben, oder den Wunsch, sich wieder zu verehelichen, beybehalten werde, und noch unwahrscheinlicher, daß die neue Brautperson Lust haben sollte, den so entfernten Zeitpunct der Vermählung abzuwarten. Doch in den zwey bisher angenommenen Fällen des §. 24 dürfte eben wegen des weit vorgerückten Alters des von dem Abwesenden zurückgelassenen Ehegatten nach einer vorausgegangenen gemeinen Todeserklärung nicht leicht noch eine feyerliche zum Zwecke der Wiederverehelichung gesucht werden. Dergleichen Gesuche lassen sich nur im dritten Falle des §. 24 erwarten, nähmlich in dem Falle, als bewiesen werden kann, daß der Verschollene sich in einer nahen Todesgefahr befunden habe, und seit dieser Zeit durch 3 Jahre nicht zum Vorschein gekommen ist. In einem solchen Falle ist es allerdings denkbar, daß vorerst jemand die gemeine Todeserklärung des Vermißten von seiner Behörde bewilliget erhalte, und dann auch der zurückgelassene Ehegatte, dem sich jetzt eine Gelegenheit zur Wiederver-

Digitized by Google

ehelichung darbiethet, um die feyerliche Todeserklärung einkomme. Auch in diesem Falle wird durch die Nothwendigkeit einer neuen Todeserklärung eine kaum zu rechtfertigende Verzögerung der Wiederverehelichung herbeygeführt, weil ungeachtet seit der unbekannt gewordenen Lebensfortdauer des verschollenen Ehegatten wenigstens schon fünf Jahre verflossen sind, doch zum mindesten noch zwey oder noch mehrere hingehen müssen, bis die neue Ehe zu Stande kommen kann. Nicht selten wird durch diese Zögerung die neue Heirath auch in diesem Falle ganz vereitelt, wenn nähmlich ein Theil wegen der unterdessen veränderten Umstände oder Gesinnungen den andern Theil nicht mehr braucht, nicht mehr haben will, oder haben kann.

4. Und alles dieses, aus welcher Ursache, zu welchem Ende? Um einige Förmlichkeiten nicht unbeobachtet zu lassen, die schon ein Mahl fruchtlos gewesen sind, und bey ihrer Wiederhohlung keinen bessern Erfolg versprechen. Was kann die Aufstellung eines neuen Curators zur Erforschung des Abwesenden nützen, da der erste, bey Gelegenheit der gemeinen Todeserklärung aufgestellte Curator, der in dem vormahligen Wohnsitze des Verschollenen, unter dessen Verwandten und Bekannten sich befand, und zu einer Zeit, wo der Abwesende noch im frischern Andenken war, über dessen Daseyn und Aufenthalt nachforschte, darüber nichts erforschet hat? Wird der neue Curator, der am Orte des Landrechts, also meistens entfernt von Leuten, die eine Auskunft über den Verschollenen geben könnten, sich aufhält, nach Verlauf noch mehrerer Jahre bey seinen Nachforschungen über den unterdessen gewiß in größere Vergessenheit gerathenen Abwesenden mehr Glück haben? Eben so wenig Erfolg läßt sich von Erlassung neuer Edicte erwarten. Oefters hat sich der Verschollene, falls er noch am Leben ist, an dem Orte, wo er sich heimlich befindet, mit einer andern Person verehelichet; dann bringt es sein Interesse mit sich, keiner Vorladung Gehör zu geben, damit er nicht in eine Untersuchung wegen der zweyfachen Ehe gerathe. Ist aber dieses nicht der Fall, und er läßt doch seinem zurückgelassenen Ehegatten, obschon er könnte, durch einen Zeitraum von mehreren Jahren keine Nachricht von sich zukommen, so zeigt sein Betragen hinlänglich an, daß er zu demselben keine Neigung mehr fühle. Eine Drohung in der

Digitized by Google

Edictal-Citation, daß man im Nichterscheinungsfalle seinem Ehegatten die Wiederverehelichung gestatten werde, wird ihn also keineswegs bestimmen, anders zu handeln, als er bisher handelte. Hat er sich auf die erste Vorladung nicht gemeldet, und hat er dadurch seine Vermögensrechte an andere kommen lassen, so ist es noch unwahrscheinlicher, daß er sich auf die zweyte melden werde, da er jetzt nichts anders mehr zu verlieren hat, als einen ihm längst ganz gleichgültig gewordenen Ehegenossen.

5. Betrachtet man die Sache von Seite der Edicte selbst, so ist ebenfalls wenig Hoffnung vorhanden, daß die Wiederhohlung derselben zur Entdeckung des Verschollenen etwas beytragen werde. Sie ergehen öfters in einer Sprache, die der Verschollene nicht einmahl versteht, und versteht er diese auch, so geschieht es noch weit öfters, daß an den Ort, wo er sich aufhält, gar keine Zeitungen kommen, oder wenn sie auch kommen, von ihm nicht gelesen werden, ja nicht ein Mahl gelesen werden können. Die meisten Verschollenen sind von jeher nicht auf die an sie ergangene Edictal-Ladung, sondern von selbst, wenn sie konnten und wollten, zurückgekommen. Von den Edicten haben sie gewöhnlich gar nichts erfahren. Als noch fruchtloser erscheint die Einrückung der Edicte in die auswärtigen Zeitungen. Bis diese bey dem langsamen Gange durch die inländischen und ausländischen einander untergeordneten Behörden, durch welche die Edicte an den ausländischen Zeitungsdrucker gelangen müssen, erfolgt, ist die Edictal-Frist meistens schon verstrichen, oder neiget sich schon zu Ende. Hat nun der Todeserklärungswerber die auswärtigen Zeitungsblätter, worin die Edicte eingeschaltet sind, sich sobald als möglich verschafft, und sie dem wiederhohlten Gesuche um die Todeserklärung beygelegt, so kann, wenn das Edictal-Jahr schon vorüber ist, sogleich zur Verhandlung geschritten und die Todeserklärung vorgenommen werden. Ist hier auch nur ein geringer Grad von Wahrscheinlichkeit vorhanden, daß der Verschollene von seiner Vorladung mittelst der auswärtigen Zeitungsblätter zur gehörigen Zeit eine Kunde erhalten habe oder erhalten werde? Vielleicht ist um die Zeit, da der Verschollene von dem Oesterreichischen Gerichte bereits für todt erklärt worden, das auswärtige Zeitungsblatt mit den Edicten noch nicht an den Ort, wo sich derselbe aufhält, z. B. von Petersburg nach Sibirien gekom-

Digitized by Google

men. Wollte man aber die Verhandlung erst nach Verlauf eines Jahres von dem Zeitpuncte der Einrückung des Edictes in die ausländischen Zeitungen anfangen lassen, so würde die Todeserklärung gemeiniglich noch um ein Jahr weiter hinausgeschoben, und in den meisten Fällen wäre die Folge davon, daß die Wiederverehelichung des zurückgelassenen Ehegatten mit der beabsichtigten Brautperson ganz unterbliebe. Kann man es wohl für zweckmäßig finden, daß die Förmlichkeit der Edictal-Citation, deren Nutzen überhaupt so zweifelhaft ist, und die sich schon einmahl als erfolglos gezeigt hat, bey noch geringerem Anscheine eines Erfolges noch ein Mahl unnachsichtlich beobachtet werden soll?

6. Endlich ergeben sich aus den jetzt bestehenden Vorschriften über Todeserklärungen noch folgende, der Anführung nicht unwürdige Anstände. Ist nach vorausgegangener Todeserklärung in Beziehung auf die Uebertragung der Erbrechte zum Zwecke der Wiederverehelichung eine neue Todeserklärung nothwendig, so fordert es die Consequenz, zu behaupten, daß auch nach einer vorhergeschehenen Todeserklärung zum letztern Zwecke eine neue Todeserklärung Statt finden müsse, wenn nachher der erstere Zweck verfolgt wird, weil für beyde Arten der Todeserklärung ein besonderes Verfahren vorgeschrieben ist. Dieses wäre aber unstreitig eine überflüssige Förmlichkeit, und ich zweifle, daß sie bisher beobachtet worden sey. — Wird zu gleicher Zeit von den Anverwandten des Verschollenen die gemeine, von dem zurückgelassenen Ehegatten die feyerliche Todeserklärung bey verschiedenen Gerichten angesucht, so muß nach den dermahligen Gesetzen jede besonders behandelt werden. Welche Vermehrung der Arbeit und der Kosten entsteht unnützer Weise daraus? Gesetzt ein Gericht bewillige die Todeserklärung, das andere schlage sie ab, wird sich wohl das Volk in dergleichen einander entgegengesetzte Erkenntnisse zu finden wissen, oder vielmehr unschlüssig bleiben, ob es den Verschollenen für todt oder für lebend halten soll? Noch zweckloser erscheint die abgesonderte Verhandlung, und noch auffallender die mögliche Verschiedenheit der Erkenntnisse bey dem nähmlichen Landrechte, bey welchem zu beyden Zwecken zu eben derselben Zeit die Todeserklärung angesucht worden ist. Aber nicht minder befremdend muß es seyn, wenn eben dasselbe Landrecht, welches schon früher als

Digitized by Google

ordentliche Gerichtsbehörde einen Abwesenden durch Edicte vergebens vorgeladen und bereits für todt erklärt hat, ihn neuerdings edictaliter mit der Bedrohung vorruft, daß er, wenn er binnen einem Jahre nicht erscheint oder Nachricht von sich gibt, zu seiner Todeserklärung schreiten werde. Es kommt heraus, als ob das Landrecht ihn mit dem ersten Streiche nicht ganz todt gemacht hätte, und einen zweyten Streich führen müßte, um ihn ganz und gar todt zu machen.

§. 224.

Ist das im a. b. G. B. bey der feyerlichen Todeserklärung vorgeschriebene Verfahren auch in dem Falle nothwendig zu beobachten, wenn über den Tod eines verschollenen Ehegatten zwar kein Todtenschein beygebracht, aber ein anderer gerichtlicher Beweis hergestellt werden kann?

Als Anhang zu der Lehre von der Todeserklärung zum Zwecke der Wiederverehelichung muß noch eine Frage von Wichtigkeit erörtert werden. Es geschieht nicht selten, daß der zurückgelassene Ehegatte eines Verschollenen über dessen Tod zwar keinen pfarrlichen Todtenschein, der als eine öffentliche Urkunde allgemein für einen vollen Beweis gilt, beybringen kann; aber erbiethig ist, darüber einen andern, nach der Gerichtsordnung zulässigen und gültigen Beweis zu liefern. Es entsteht nun die Frage, ob auch in einem solchen Falle, um die Wiederverehelichung möglich zu machen, eine Todeserklärung nach Maßgabe der §§. 112—114 des a. b. G. B. erfordert werde, oder ob es zu diesem Zwecke schon hinreichend sey, wenn der von dem zurückgelassenen Ehegatten angetragene Beweis aufgenommen, und, wenn dieser nach der Gerichtsordnung als hergestellt erkannt worden, dem die Wiederverehelichung ansuchenden Ehegatten ein gerichtliches Zeugniß darüber ausgestellt wird?

§. 225.

Beantwortung dieser Frage nach dem ältern Rechte.

Nach den bisherigen Gesetzen wurde in einem solchen Falle zur Wiederverehelichung des zurückgebliebenen Ehegatten ohne Zweifel für hinreichend erachtet, daß von dem Gerichte der angetragene Beweis des zurückgelassenen Ehegatten aufgenommen, und diesem

nach Herstellung desselben ein gerichtliches Zeugniß darüber ausgestellet wurde. Diese Behauptung wird durch folgende Grü nd außer Zweifel gesetzt:

a) Das canonische Recht schreibt zu einer erlaubten Wiederverehelichung weiter nichts vor, als daß man eine gewisse Nachricht oder Gewißheit von dem erfolgten Tode des abwesenden Ehegatte habe [1]; bestimmt aber nicht, wie diese Gewißheit erhalten

[1] Cap. 19 de Sponsal. (IV. 1). Cap. 2 de secund. nupt. (IV. 21). Am ersten Orte sagt Papst Clemens III.: In praesentia nostra quaesivisti, quid agendum sit de mulieribus, quae viros suos, causa captivitatis vel peregrinationis absentes, ultra septennium praestolatae fuerint, nec certificari possunt de vita vel morte ipsorum, licet super hoc sollicitudinem adhibuerint diligentem, et pro juvenili aetate, seu fragilitate carnis nequeunt continere, petentes aliis matrimonio copulari. Consultationi ergo tuae taliter respondemus, quod quantocunque annorum numero ita remaneant, viventibus viris suis, non possunt ad aliorum consortium canonice convolare: nec auctoritate ecclesiae permittas contrahere, donec certum nuntium recipiant de morte virorum. Am zweyten Orte aber verordnet Papst Lucius III. in Ansehung der in die Gefangenschaft der Saracenen gefallenen Christen: Sane super matrimoniis, quae quidam ex vobis, nondum habita obeuntis conjugis certitudine, contraxerunt, id vobis respondemus, ut nullus amodo ad secundas nuptias migrare praesumat, donec ei constet, quod ab hac vita migraverit conjunx ejus. Si vero aliquis vel aliqua id hactenus non servavit et de morte prioris conjugis adhuc sibi existimat dubitandum, ei quae sibi nupsit, debitum non deneget postulanti, quod a se tamen noverit nullatenus exigendum. Quodsi post hoc de prioris conjugis vita constiterit, relictis adulterinis complexibus, ad priorem conjugem revertatur. Diesen Stellen des canonischen Rechtes glaube ich noch das beyfügen zu sollen, was zur Erläuterung derselben ein vorzüglicher italienischer Canonist, der Priester Carolus Sebastianus Berardi, Professor von Turin und Consultor regius in rebus ad canonum scientiam pertinentibus im Jahre 1766 in seinem Commentar in jus eccles. univers. Dissert. VII. cap. 3 quaest. II. de sec. nupt. schrieb, weil es mit den Bestimmungen unseres allg. bürgl. Gesetzbuches über die Todeserklärung so schön übereinstimmt: Quoniam autem, sagt er, non semper idem modus in promptu est, quo

werden soll, und stellt daher die Gattung und Kraft des Beweises der vernünftigen Beurtheilung des Richters heim. Da die Zulässigkeit der Wiederverehelichung hauptsächlich von theologischen Principien abhängt, und das auf diesen beruhende canonische Recht jeden Beweis gelten läßt, der Gewißheit über den erfolgten Tod verschafft, so haben wir keinen Grund anzunehmen, daß unsere Gesetze hierin strenger waren, und nur den Todtenschein als vollständigen Beweis des Todes gelten ließen, zumahl da hierüber keine Verordnung nachgewiesen werden kann. Vielmehr sind in unseren Gesetzen Andeutungen genug enthalten, daß man in Ansehung der Arten, den Tod eines Abwesenden zu beweisen, von dem canonischen Rechte nicht habe abweichen wollen, folglich keine Be-

---

mors conjugis probetur, ubi praesertim susceptae proponantur diuturnae peregrinationes, necessario modus idem admittendarum probationum in arbitrio judicis positus est, cujus tamen officium erit, ubi dubium etiam leve emergat, nuptiarum secundarum contractum impedire. Fuit olim Romanis disciplina, ubi de morte alicujus dubitaretur, si per quinquennium non constitisset de ejus vita, haberetur, ac si mortuus esset, L. 6. D. de divort. Deinde etiam cautum est, ut sufficeret quadriennium expectare, L. 7 Cod. de repud. Sed haec fuerunt ab Justiniano abrogata Nov. 117. cap. 11, ubi statutum est, nunquam ad secundas nuptias transiri posse, nisi de absentis morte certa sint testimonia. Atque Justiniani providentiam confirmavisse visi sunt Pontifices maximi, qui voluerunt certo de morte absentis constare. — Hinc si quaeratur, an uni tantummodo testi credatur, de morte conjugis testimonium perhibenti, non aliter sufficere puto, quam si agatur de teste integerrimo, atque in ea specie, qua aliae conjecturae concurrant, puta mortis in remota provincia evenientis, et testimonio ita coram judice edito, ut pensatis causarum adjunctis admodum verisimile adpareat, nec aliter major et uberior eventus certitudo haberi commodo possit, L. 5. §. 6. D. de re militari. Eodem modo si quaeratur, an sufficiat probatio vulgaris famae ferentis, conjugem mortuum esse, neque aliter sufficere puto, quam si fama eadem aliquot administralis juvetur, nimirum iis, quibus judex nullam amplius dubitationem superesse prudenter existimet arg. cap. 24 de accusationibus.

Digitized by Google

weisesart, die sonst vollgültig wäre, in so weit sie anwendbar erscheint, ausgeschlossen gewesen sey.

b) Nach §. 24 des allg. bürgerl. Gesetzbuches kann eine Todeserklärung nur dann angesucht werden, wenn ein Zweifel entsteht, ob ein Abwesender oder Vermißter noch am Leben sey oder nicht, und wenn zugleich die dort angegebenen Umstände eintreffen, unter welchen der Tod des Abwesenden vermuthet wird. Hat sich aber ein Ehegatte zum Beweise des erfolgten Todes des andern Ehetheiles angebothen, so kann man, bevor dieser Beweis gerichtlich aufgenommen und über dessen Gültigkeit erkannt worden ist, noch nicht sagen, ob über des abwesenden Ehegatten Leben oder Tod ein wirklicher Zweifel vorhanden sey. Also ist es auch nicht nöthig, die Todeserklärung anzusuchen und vorzunehmen.

c) Selbst die in Rechtskraft erwachsene Todeserklärung schließt nach §. 278 den Beweis nicht aus, daß der Abwesende früher oder später, als an dem Tage, an welchem die Todeserklärung ihre Rechtskraft erhalten hat, gestorben, oder daß er noch am Leben sey. Die Art des Beweises wird hier nicht bestimmt, mithin wird keine ausgeschlossen. Wenn man aber durch was immer für einen rechtsgültigen Beweis des erfolgten Todes sogar die rechtskräftig gewordene Todeserklärung umwerfen kann, so muß ein solcher Beweis wohl auch die Kraft haben, zu bewirken, daß die Todeserklärung gar nicht vorgenommen werden könne.

d) Ein Hofdecret vom 16. Februar 1787 spricht: »Von einer »Witwe fordert das Gesetz im §. 15 und 16 (des Jos. bürgl. Ge»setzbuches) nichts anderes, als das der Tod des vorigen Ehegatten »auf eine im Rechte zureichende Art bewiesen werde, und sobald »dieser Beweis hergestellt ist, steht ihrer zweyten Ehe kein Hinder»niß im Wege.« Auch im §. 62 des allg. bürgerl. Gesetzbuches heißt es: »Wer schon verehelichet war, und sich wieder verehelichen will, »muß die erfolgte Trennung, d. i. die gänzliche Auflösung des Ehe»bandes rechtmäßig erweisen.« Ein rechtmäßiger Beweis der Auflösung des Ehebandes kann aber nicht bloß durch den Todtenschein, sondern auch auf andere in der Gerichtsordnung angegebene Arten hergestellt werden, weil nirgends der Todtenschein als die einzige rechtmäßige Beweisart vorgeschrieben ist. Ist also ein

Digitized by Google

solcher Beweis ausgeführt worden, so kann auch ohne Todeserklärung die Wiederverehelichung vor sich gehen.

e) So schreibt unsere Gesetzgebung selbst den Auszügen aus den französisch-italienischen Civil-Standes-Registern die Kraft rechtlicher Beweise zu (21. August 1815). Und da dem relato gewiß eben so viel Beweiskraft beywohnt als dem referens, so muß auch den Todten-Beschauzetteln, den von den protestantischen Pfarrern an die katholischen zu erstattenden Todten-Anzeigen, oder ihren Vormerkungen der Sterbefälle ihrer Glaubensgenossen, wornach die katholischen Pfarrer die Eintragung in ihre Pfarrbücher zu machen haben, den Sterbe-Zeugnissen oder Certificaten der Spitals-Vorsteher oder Commanden, wornach die Feld-Capelläne ihre Todtenbücher zu verfassen haben, die Beweiskraft beygelegt werden. Dahin gehören auch gerichtliche Thatbestandsprotokolle, ärzliche Befunde über Tödtungen, die Protokolle über Zeugenaussagen, welche zur Ergänzung mangelhafter oder Verbesserung unrichtiger Pfarrbücher aufgenommen werden.

f) Auch in Fällen, wo der Tod durch glaubwürdige Zeugen bewiesen werden kann, ist keine Todeserklärung nothwendig, sondern ein Certificat des Regiments-Gerichtes über aufgenommene gerichtliche Aussagen der Mannschaft einer Compagnie hinreichend. So sagt ein Hofkriegsraths-Decret vom 6. Julius 1791 [1]: »In »Fällen, wo die Ausstellung der Todtenscheine über verstorbene »Regiments-Mannschaft nicht mit Gewißheit vorgenommen wer»den kann, so daß der Mann vielleicht eher gestorben ist, als in »dem Spitale, wo er sich aufgehalten, eine ordentliche Aufnahme »der Kranken eingeleitet war, oder in sich sonst ergebenden mög»lichen Fällen; die Cameradschaft es aber mit einem Eide beschwö»ren kann, daß der Mann gestorben sey, muß die Mannschaft »der Compagnie vor Gericht berufen, und über die oben erwähn»ten Angaben eine gerichtliche Aussage genommen werden; wenn »sie dann solche beschworen haben, so ist durch den Regiments»Capellan ein ordentlicher Todtenschein, auf den Fall hingegen, »wenn der Capellan die Ausstellung desselben beanständigen würde, »ein Certificat des Regiments-Gerichtes auszufertigen, damit

1 Bey Hübler Militär-Oekonomie-System 16 B. §. 16158.

»die Witwen und Waisen darnach allenthalben zu behandeln »seyen.«

g) Das Hofkriegsraths-Decret vom 18. September 1805 [1] schreibt vor, wie sich bey dem Militär über vorkommende Gesuche um Todeserklärung eines abwesenden Ehegatten, und um Erlaubniß zur Wiederverehelichung zu benehmen sey. Dieses Hofkriegsraths-Decret ist durch die vereinigte Hofkanzley unterm 4. October 1805 den sämmtlichen Länderstellen mitgetheilt, und nicht nur in die politische [2] sondern auch in die Justiz-Gesetzsammlung [3] aufgenommen worden, und entscheidet deutlich, daß in Fällen, wo der Tod des Abwesenden oder Vermißten durch beeidete Zeugen erwiesen werden kann, keine Todeserklärung nothwendig sey. Der Absatz a lautet darin folgender Maßen: »In allen Fällen, »wo ein zur Militär-Jurisdiction gehöriger Ehegatte der katho»lischen oder nicht unirten griechischen Religion über den Tod »seines abwesenden Ehegatten den gesetzmäßigen Beweis durch »einen legalen Todtenschein, oder zwey beeidete, bey dem »Absterben des Abwesenden oder Vermißten selbst »gegenwärtig gewesenen Zeugen nicht herzustel»len vermag, und zu einer zweyten Ehe schreiten will, hat »sich derselbe anfänglich an den betreffenden Corps- oder Regi»ments-Commandanten zu verwenden« u. s. w. Da der Beweis des erfolgten Todes durch zwey beeidete, bey dem Absterben selbst zugegen gewesene, Zeugen als ein gesetzmäßiger Beweis anerkannt wird, so muß er nicht bloß bey Militär- und geistlichen, sondern auch bey Civil-Gerichten gelten, besonders da bey Civil-Gerichten für den Fall, als ein solcher Beweis durch zwey Zeugen hergestellt werden kann, nichts besonders angeordnet ist. Da ferner die Todeserklärung im §. 24 des allg. bürgl. Gesetzbuches nur für den Fall vorgeschrieben ist, wo der Tod aus den dort angegebenen Umständen bloß zu vermuthen ist, so scheint kein Zweifel Platz greifen zu können, daß auch von Civil-Gerichten keine Todeserklärung zu veranlassen sey, wenn der Tod des abwesenden Ehegatten durch zwey beeidigte, bey demselben gegenwärtig gewesene

[1] Bey Hübler 16 B. §. 1616.
[2] 20 B. N. 46.
[3] N. 628.

Zeugen bewiesen werden kann. Wozu lange Umtriebe, die sehr leicht die Hoffnung zur Wiederverehelichung ganz vereiteln können, wenn ein gesetzmäßiger Beweis über den Tod des vermißten Ehegatten erhalten werden kann? Braucht man bey Civil-Gerichten eine größere Gewißheit, als bey Militär-Gerichten? Haben sich nicht beyde Arten von Gerichten in Ansehung der Beweise nach der nähmlichen Gerichtsordnung zu benehmen? Was demnach bey einem Gerichte als vollständiger zur Wiederverehelichung tauglicher Beweis des Todes eines abwesenden Ehegatten gilt, muß auch bey dem andern als ein solcher gelten. Sobald aber die Auflösung des Ehebandes durch den Tod rechtmäßig erwiesen worden, ist der überlebende Ehegatte nach §. 62 des allg. bürgerl. Gesetzbuches zu einer neuen Ehe zu schreiten berechtiget.

h) Der Todeserklärung oder vielmehr der daraus entstehenden gesetzlichen Vermuthung des Todes liegt ein Beweis aus Zusammentreffen der Umstände zum Grunde, weil bey derselben nicht der Tod selbst, sondern nur solche Umstände der Abwesenheit des Verschollenen zu beweisen sind, welche keinen Grund zu zweifeln übrig lassen, daß der Abwesende verstorben sey. Es wird also hier nur aus bewiesenen Umständen auf den erfolgten Tod geschlossen, worin eben das Wesen des Beweises aus Zusammentreffen der Umstände besteht. Dieser Beweis ist sonst in Civil-Fällen ganz ausgeschlossen, und nur bey den Todeserklärungen zugelassen. Wie läßt sichs nun behaupten, daß der Civil-Richter den Beweis aus Zusammentreffen der Umstände aufzunehmen habe, wo ein gerichtsordnungsmäßiger durch zwey glaubwürdige Zeugen angebothen wird, und hergestellt werden kann?

i) Die Todtenscheine sind in den meisten Fällen bloß testimonia ab auditu et ex relatione. Sollen diese mehr gelten, als gerichtlich aufgenommene Zeugenaussagen? Mißt man dem unbeschwornen schriftlichen Zeugnisse eines einzelnen Mannes (des Pfarrers), der oft weder selbst die Person sterben oder todt gesehen, noch sie selbst begraben hat, vollen Glauben bey, und läßt ohne weiters den Gatten derselben zur Wiederverehelichung zu, warum sollte das mündliche, mit aller Vorsicht aufgenommene, beschworne, von einem ganzen Collegium rechtsverständiger Männer geprüfte, Zeugniß zweyer oder wohl noch mehrerer unbedenk-

Digitized by Google

licher Augenzeugen über den wirklich erfolgten Tod eines Menschen nicht so viel Glauben verdienen, daß man dessen Ehegatten ohne Beobachtung der die Wiederverehelichung sehr verzögernden, oft sie ganz vereitelnden Förmlichkeiten einer Todeserklärung, die eine Edictal-Vorladung auf ein ganzes Jahr, und einen Zug durch alle drey Instanzen erfordert, erlauben könnte, zu einer neuen Ehe zu schreiten?

§. 226.

Einführung eines strengern Verfahrens durch ein neues Gesetz.

1. Ein besonderer Vorfall gab im Jahre 1820 Anlaß, daß man ein so kurzes Verfahren, als nach den bisherigen Gesetzen in dem fraglichen Falle Statt finden konnte, für bedenklich zu halten anfing, und mit dem Gedanken umging, das bey der Todeserklärung vorgeschriebene Verfahren auch in einem solchen Falle in Anwendung zu bringen. Allein dieses Vorhaben fand Gegner, welche zwar ein strengeres Verfahren, als das bisher zulässige, aber doch kein so strenges, als bey der Todeserklärung angeordnet ist, einzuführen riethen. Die nach der letztern Ansicht entworfene Vorschrift wurde durch allerhöchste Entschließung vom 18. November 1826 genehmiget und durch das Hofkanzley-Decret vom 17. Februar 1827 kund gemacht.

2. Ueberschaut man die Anordnungen der hierüber ergangenen Vorschrift, so springt es in die Augen, daß die Gesetzgebung mittelst derselben mehrere Zwecke zugleich zu erreichen gesucht habe, nähmlich auf der einen Seite dem die Wiederverehelichung suchenden Ehegatten die oft dringend nothwendige Erfüllung seines gerechten Wunsches zu erleichtern, aber auch ihm die Durchsetzung eines trügerisch angelegten Planes auf alle mögliche Weise zu erschweren; auf der andern Seite hingegen die zum Beweise des Todes aufgeführten Zeugen von Collusionen abzuschrecken, die Richter selbst gegen irrige Ansichten und Uebereilungen zu schützen, von aller Parteylichkeit abzuhalten, und so das öffentliche Interesse an Aufrechthaltung gültiger Ehen gehörig sicher zu stellen.

§. 227.

Bedenken gegen das vormahlige Verfahren in dem fraglichen Falle.

Diese Zwecke im Auge behaltend, mag der Gesetzgeber es für

zu gewagt und bedenklich gefunden haben, in dem fraglichen Falle die Aufnahme der Zeugen bloß als eine zur freywilligen Gerichtsbarkeit gehörige Amtshandlung zu betrachten, das Factum des erfolgten Todes ohne förmliche Rechtsverhandlung durch die Personal-Instanz des Vermißten mittelst eidlicher Abhörung der Zeugen und Stellung entsprechender Fragestücke von Amtswegen ins Klare zu setzen, und wenn dasselbe als vollständig bewiesen erachtet würde, das Gesuch ohne Urtheil, allenfalls doch erst nach Vorlegung des gefaßten Beschlusses an die höheren Behörden, durch Ausfertigung eines gerichtlichen Todtenzeugnisses erledigen zu lassen. Denn es stimmt mit dem bestehenden Rechts-Systeme nicht überein, daß ein Unterthan (der Verschollene) ohne rechtliche Vertheidigung aus dem Besitze aller seiner bürgerlichen Rechte gesetzt und ungehört allen, mit dem Verluste dieses Besitzes verbundenen, widrigen Folgen Preis gegeben werde. Dieses aber würde geschehen, wenn auf die erwähnte Art und Weise vorgegangen werden sollte. Auch wäre es sehr gefährlich, jedem einzelnen Ortsrichter eine so große Macht einzuräumen, die selbst von den höheren Behörden nicht gehörig controllirt werden könnte, weil immer nur er das Organ ist, durch welches die Aussagen der Zeugen an die höheren Behörden gelangen. Der angebliche Tod eines Vermißten, den man durch Zeugen zu erweisen sich erbiethet, setzt immer einen Ort, eine Zeit, eine Art, und andere Umstände voraus, unter welchen er erfolgt seyn muß. Ein isolirter, meistens sehr beschäftigter, Richter dürfte öfters keine zureichende Muße finden, vielleicht manchmahl auch nicht genug guten Willen haben, um von Amtswegen die Wahrheit aller solcher Umstände zu erforschen, und darnach die Beweiskraft der Aussagen der Zeugen zu prüfen. Um wie viel zuverlässiger muß das Resultat des Zeugenverhörs ausfallen, wenn ihm hierin von einem bestellten Curator des Abwesenden und einem Vertreter des Ehebandes an die Hand gearbeitet, seine Amtshandlung von denselben gewisser Maßen controllirt, und er selbst vor Fehltritten der Uebereilung oder Parteylichkeit bewahret wird?

§. 228.

Unzweckmäßigkeit des reinen gerichtsordnungsmäßigen Verfahrens.

Es schien auch nicht räthlich zu seyn, in den Fällen der Frage

das gemeine gerichtsordnungsmäßige Rechtsverfahren unbedingt eintreten zu lassen, weil es sich hier nicht um bloße Privatrechte, sondern auch um das öffentliche Interesse, nähmlich um die Aufrechthaltung eines vielleicht noch bestehenden Ehebandes handelt, welches bey einem solchen Verfahren ohne zuverlässige Vertheidigung bliebe. Zwar würde auch nach dieser Verfahrungsart für den Abwesenden ein Curator aufgestellt werden müssen; aber der Curator könnte von dem die Wiederverehelichung ansuchenden Ehegatten, von welchem er mehr Vortheil zu erwarten hat, als von dem Vermißten, wahrscheinlich schon todten, gewonnen werden. Eben so könnten die für den Tod des Abwesenden aufgeführten Zeugen mit dem zurückgebliebenen Ehegatten colludiren. Wäre der Richter schlechterdings an die Formen des gemeinen Prozesses gebunden, so hielte es schwer, solche Collusionen zu entdecken, und, da der Richter von Amtswegen nichts zu unternehmen befugt wäre, den hinterlistig zum Nachtheile des vermißten Ehegatten und des Ehebandes angelegten Plan zu vereiteln. Die in dergleichen Angelegenheiten nicht seltenen Intrignen könnten selbst den Richter umspinnen, und zur Begünstigung einer staatsschädlichen, vielleicht auch rechtswidrigen Privat-Absicht verleiten. So führen auch diese Betrachtungen auf die Nothwendigkeit einer ämtlichen und controllirten Wirksamkeit des Richters in Fällen, die der Gegenstand der vorliegenden Frage sind.

§. 229.

Gründe gegen die unbedingte Anwendung des bey Todeserklärungen üblichen Verfahrens.

Es konnte also nur die Frage seyn, ob das im a. h. G. B. §§. 112—114 für Todeserklärungen zum Zwecke der Wiederverehelichung vorgezeichnete Verfahren auch auf die Fälle, wo der Tod eines Vermißten durch Zeugen erwiesen werden will, unbedingt auszudehnen, oder ob für solche Fälle ein besonderes, minder strenges Verfahren einzuführen sey. Gegen die durchgängige Anwendung des ersten schienen sich folgende Bedenken zu erheben:

a) Einem Ehegatten, der den erfolgten Tod des andern vollständig erweisen kann, steht nach göttlichen und menschlichen, sowohl kirchlichen als bürgerlichen, Gesetzen das Recht zu, sich wie-

der zu verehelichen. Die Ausübung dieses Rechtes aber würde ihm ohne Noth und zureichenden Grund äußerst erschwert, oder meistens gar vereitelt, wenn man ihm die Nothwendigkeit auflegte, bey Führung jenes Beweises alle für die Todeserklärungen gegebenen Vorschriften zu beobachten. Er müßte dem §. 112 des bürgl. G. B. zu Folge vorerst die im §. 24 bestimmte Zeit von wenigstens drey Jahren abwarten, bis er nur das Gesuch um Aufnahme des Zeugenbeweises einreichen könnte. Dann müßte der abwesende Ehegatte durch ein auf ein ganzes Jahr gestelltes Edict vorgeladen werden. Erst nach Verlauf dieses Jahres könnten die Zeugen vorgerufen und die Verhandlungen angefangen werden. Das Resultat derselben wäre sodann von Amtswegen dem Appellationsgerichte und von diesem der obersten Justizstelle zur Schlußfassung vorzulegen. Dieser Zug durch alle drey Instanzen dürfte wieder einen Zeitaufwand von ungefähr zwey Jahren, oder im glücklichsten Falle, wo keine neuen Erhebungen und keine Vervollständigung der Zeugenaussagen von höhern Behörden angeordnet würden, von wenigstens einem Jahre brauchen. Da der von einem Vermißten zurückgelassene Ehegatte sich nie entschließt, wegen seiner Wiederverehelichung bey dem Gerichte eher einzuschreiten, als sich ihm die Gelegenheit zu einer anständigen Heirath anbiethet, so müßte ein Ehegatte, der bald nach dem Verschwinden des andern und dessen wahrscheinlichem Tode, welchen er durch Zeugen beweisen will, eine Gelegenheit zu einer neuen Vermählung findet, wenigstens durch fünf bis sechs Jahre unter Kummer und Sorgen zubringen, um zu seinem Zwecke zu gelangen, und zwar nur dann zu gelangen, wenn es dem andern Brauttheile gefiele, so lange zu warten, welches nur wohl sehr selten der Fall seyn dürfte.

b) Wenn auch in Fällen, wo der zurückgelassene Ehegatte eines Vermißten dessen wirklich erfolgten Tod durch Zeugen vollständig zu erweisen erbiethig, und im Stande ist, die Beweisführung an die strengen, bey der Todeserklärung geltenden, Formen durchaus gebunden würde, so lassen sich die nachtheiligen Folgen davon leicht voraussehen. Da der bey Todeserklärungen übliche Edictal-Prozeß und der Gang durch drey Instanzen der Partey beträchtliche Kosten verursachet, ihre Hoffnung, sich wieder verehelichen zu können, weit hinausrückt, und oft ganz vereitelt, so

ist sehr zu befürchten, daß, theils um diese Kosten zu ersparen, theils um eine vortheilhafte Gelegenheit zur Wiederverehelichung nicht zu verlieren, die ohnehin nicht seltene Fabricirung falscher Todtenscheine, die Schließung ungültiger Ehen, und die daraus entstehende Zerrüttung von Familienverhältnissen zum Nachtheile der Religion und der bürgerlichen Gesellschaft sich noch um ein Merkliches vermehren dürfte.

e) Es ereignen sich unläugbar bisweilen Todesfälle, in welchen weder vom Pfarrer, noch von andern, dazu berechtigten, Anstalten und Behörden ein Todtenschein nach den bestehenden Gesetzen ausgestellt, jedoch die Wirklichkeit des erfolgten Todes durch unbedenkliche Zeugen vollständig dargethan werden kann. Hängen von dem Beweise eines solchen Todesfalles Rechte ab, an deren baldiger Realisirung der Partey sehr viel gelegen ist, und sie sieht sich bey der Beweisführung, ungeachtet auf einem kürzern Wege über das Factum des Todes volle Gewißheit zu erlangen wäre, allen den Förmlichkeiten und Weitläufigkeiten, welche in andern Fällen von zweifelhafterer Beschaffenheit aus guten, aber hier nicht zutreffenden Gründen eingeführt sind, unnachsichtlich unterworfen, so empört sich in ihr das dem Menschen inwohnende Rechtsgefühl, und sie ist geneigt, ein so lange dauerndes Verfahren ohne Noth für eine förmliche Rechtsverweigerung, oder für eine geflissentliche Rechtsverzögerung anzusehen.

d) Bey den Todeserklärungen stützet sich der ganze Beweis auf das Zusammentreffen der Umstände. In dem Falle der Frage hingegen ist es um einen Beweis durch Aussagen glaubwürdiger Zeugen unmittelbar über den von ihnen wahrgenommenen Tod des vermißten Ehegatten zu thun. Gleichwie nun nach dem Systeme unserer Gesetzgebung in andern wichtigen, z. B. in Criminalfällen, die bey dem Beweise aus Zusammentreffen der Umstände wegen Möglichkeit eines Irrthums angeordneten Vorsichten nicht auch auf den Beweis durch Zeugen, wo die Gefahr eines Irrthums nicht so leicht zu besorgen ist, übertragen und angewendet werden, so scheint es die Consequenz sowohl als die Rechts-Analogie zu fordern, daß auch auf die Führung des Beweises durch Zeugen über den erfolgten Tod eines Ehegatten nicht alle über die Todeserklärung bestehenden Vorschriften ausgedehnt werden, weil

ein solcher Zeugenbeweis unstreitig seiner Natur nach eine größere Zuverläßigkeit gewähret, als derjenige, der den Todeserklärungen zum Grunde liegt.

e) Wenn über die bey Retiraden umgekommenen Soldaten gewöhnlich bloß auf die Aussagen der Cameraden Todtenlisten verfertiget, den Feld-Capellänen oder Feld-Superioren zur Eintragung in ihre Todten-Matrikeln eingehändiget, und aus diesen Todtenscheine ausgestellt werden können; wenn im Falle, als eine verstorbene Person aus Vergessenheit des Seelsorgers nicht in das Todtenbuch eingetragen wurde, dieser Fehler mit Bewilligung der Landesstelle in Folge glaubwürdiger Zeugenaussagen nachträglich verbessert, und sodann daraus ein vollen Glauben habender Auszug verfaßt werden kann; so ist nicht abzusehen, warum der über den wirklich erfolgten Tod eines vermißten Menschen vor Gericht durch Aussagen unbedenklicher Zeugen geführte Beweis keinen Glauben verdienen sollte, so lang dabey nicht alle bey Todeserklärungen vorgeschriebenen Vorsichten und Förmlichkeiten auf das genaueste beobachtet worden sind. Sollte denn die Anwendung einiger zum Zwecke der Gewißheit nicht genügen?

§. 230.

Daher die Nothwendigkeit einer besondern Vorschrift für das Verfahren in einem solchen Falle.

Dergleichen Betrachtungen scheinen die Gesetzgebung bestimmt zu haben, in dem zur Frage gebrachten Falle keine der bisher beanständeten Verfahrungsarten rein gelten zu lassen, sondern für denselben ein eigenes Verfahren vorzuschreiben, welches zwischen dem bey Todeserklärungen bestehenden, und dem gerichtsordnungsmäßigen das Mittel hält. Dazu trug ungezweifelt auch vieles bey, das bisher keine ausdrückliche und bestimmte Norm, wie in den eben nicht selten vorkommenden Fällen dieser Art vorzugehen sey, vorhanden war, und daher bey den Gerichten ein schwankendes und ungleichförmiges Benehmen, wodurch entweder die Partey oder das öffentliche Interesse gefährdet werden konnte, entweder schon eingerissen war, oder in der Folge zu besorgen stand, da doch eine gute Justiz-Verfassung es erheischt, daß bey allen Gerichten in einem Staate in ähnlichen Fällen eine gleiche und feste Verfah-

rungsart Statt finde. Eine solche festzusetzen war auch die offenbare Absicht des Gesetzgebers bey Erlassung der durch Hofkanzley-Decret vom 17. Februar 1827 kundgemachten Vorschrift über das Verfahren in Fällen, wo in Abgang des Todtenscheines der Tod eines Vermißten durch Zeugen erwiesen werden will, wie aus dem Eingang derselben erhellet, welcher lautet: »Zur Erzielung eines gleichförmigen »Verfahrens in Fällen, wo in Ermanglung eines Todtenscheines »oder einer andern öffentlichen Urkunde über den wirklich erfolg»ten Tod eines Vermißten der Beweis durch Zeugen angebothen »wird, haben Se. Majestät durch allerhöchste Entschließung vom »18. November 1826 folgende Vorschrift zu erlassen geruhet.« Wir wollen nun diese Vorschrift, in so weit sie sich auf die Wiederverehelichung eines Ehegatten bezieht, nach der gesetzlichen Ordnung ihrer Paragraphe durchgehen, und die einzelnen Dispositionen derselben mit einem kurzen, sie begründenden Commentare begleiten.

§. 231.

Bey welcher Behörde, und wie das Gesuch um Abhörung der Zeugen einzureichen ist.

»§. 1. Ein Ehegatte, der sich wieder verehelichen will, und »den erfolgten Tod des andern nicht durch Beybringung des Todtenscheines oder einer andern öffentlichen Urkunde beweisen kann, »aber den vollständigen Beweis hierüber durch Zeugenaussagen »herstellen zu können hofft, hat sein Gesuch um Abhörung der »nahmhaft zu machenden Zeugen mit Einlegung der Weisartikel »bey derjenigen Gerichtsbehörde einzureichen, welche in Rücksicht »der zum Behufe der Wiederverehelichung angesuchten Todeserklärungen die zuständige ist.« Von einer andern Urkunde als dem Todtenscheine geschieht zu Anfang dieses §. deßwegen Meldung, weil unter den Todtenscheinen gewöhnlich bloß die pfarrlichen Zeugnisse über den Tod eines Menschen verstanden, und doch auch von gewissen öffentlichen Anstalten, z. B. Spitälern, über die darin verstorbenen Kranken, oder Criminal-Behörden über den Tod der hingerichteten Verbrecher, öffentliche Urkunden ausgestellt zu werden pflegen, die gleiche Beweiskraft mit den eigentlichen Todtenscheinen haben. — Weil die in dieser Vorschrift be-

Digitized by Google

stimmte Verfahrungsart Manches von der bey der eigentlichen Todeserklärung geltenden entlehnt, nahmentlich einen Vertreter des Ehebandes, dessen Vertheidigung gewöhnlich dem Fiscal-Anwalt aufgetragen wird, fordert, und überhaupt der Gegenstand zu wichtig ist, als daß er den oft aus einer einzigen Person bestehenden Ortsgerichten zur Beurtheilung überlassen werden könnte, so ist als Behörde, bey welcher das Gesuch um Aufnahme der Zeugenaussagen über den wirklich erfolgten Tod eines vermißten Ehegatten anzubringen ist, jenes Gericht, bey welchem eine Todeserklärung zum Zwecke der Wiederverehelichung angesucht werden muß, bestimmt, aber der Ausdruck: »Landrecht« vermieden worden, um diese Anordnung den italienischen Provinzen, wo jene Benennung nicht üblich ist, anzupassen. — Dem eingereichten Gesuche auch die Weisartikel auf die Zeugen beyzulegen, ist zu dem Ende befohlen worden, damit der Richter vorläufig daraus ersehe, ob die Zeugen über das Factum des Todes selbst, oder nur über Umstände, wodurch eine Vermuthung des Todes begründet wird, aussagen wollen, folglich ob die Partey zur Beweisführung zuzulassen, oder zur Vermeidung des Zeitverlustes und unnützer Kosten gleich Anfangs auf Erwirkung der Todeserklärung im gesetzmäßigen Wege zu verweisen sey.

§. 232.

Bescheid über das Gesuch und Recurs dagegen.

»§. 2. Diese (Gerichtsbehörde) hat nach reifer Ueberlegung »der angegebenen Umstände durch Bescheid zu erkennen, ob das »Gesuch zu verwilligen, oder die Partey anzuweisen sey, die To»deserklärung auf die im a. b. G. B. §. 112—114 vorgeschriebene »Art zu erwirken. Gegen einen Bescheid letzterer Art steht der Par»tey der Recurs an das Obergericht offen.« Die Anordnung, daß der Richter über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der angesuchten Beweisführung nicht durch Urtheil, sondern nur durch Bescheid zu erkennen habe, ist eine Folge des in der Gerichtsordnung herrschenden Grundsatzes, daß über einseitige oder mit Einverständniß der Parteyen überreichte Anbringen nur durch Bescheid zu erkennen sey. Gegen einen beschwerenden Bescheid aber gestattet die Gerichtsordnung keine Appellation, sondern nur einen Recurs.

Digitized by Google

§. 233.

Was das Gericht sogleich bey Bewilligung des Gesuches vorzukehren habe.

»§. 3. Zugleich mit der Bewilligung des Gesuches hat die erwähnte Behörde dem Vermißten einen Curator zu bestellen, einen Vertheidiger des Ehebandes zu ernennen, diesen beyden Abschriften des eingereichten Gesuches und der Weisartikel zur einverständlichen Verfassung der längstens binnen 30 Tagen einzulegenden besondern Fragstücke zuzufertigen, und eine öffentliche zu drey verschiedenen Mahlen den Zeitungsblättern einzurückende Verlautbarung ergehen zu lassen, worin die aus dem Gesuche und den Weisartikeln zu entnehmenden Umstände der Art, des Ortes und der Zeit des angeblichen Todes angeführt, und Alle, die von dem Leben oder den Umständen des Todes einige Wissenschaft haben, aufgefordert werden, davon entweder dem Gerichte oder dem bestellten Curator binnen einer nach Beschaffenheit des Falles zu bestimmenden Frist, die jedoch nie kürzer als drey Monathe, und in der Regel nie länger als ein Jahr seyn soll, die gehörige Anzeige zu machen. Sollten jedoch besondere Verhältnisse obwalten, welche zur Erfüllung des Zweckes einen längern Zeitraum erforderlich machen, so hat auch einen solchen das Gericht in der Verlautbarung zu bestimmen.«

1. Nach zugelassener Beweisführung muß dem Vermißten ein Curator bestellt werden, weil es vor ausgeführtem Beweise noch zweifelhaft ist, ob der Vermißte wirklich todt oder bloß abwesend sey; seine Rechte daher nicht unvertheidiget bleiben dürfen.

2. Die Nothwendigkeit der Ernennung eines Vertheidigers der Ehe, und zwar gleich bey Bewilligung des Gesuches, ergibt sich aus dem Zwecke der Verhandlung. Denn es tritt in einem solchen Falle wie bey Todeserklärungen auch die causa publica ein, und dem Vertreter derselben muß eine angemessene Zeit zu Statten kommen, um Erkundigungen einzuziehen, die zur Vertheidigung des Ehebandes dienen können.

3. Die einverständliche Verfassung der Fragstücke durch den Curator des Vermißten und den Vertheidiger des Ehebandes ist vorgeschrieben, weil beyde auf den nähmlichen Zweck hin zu arbeiten haben, beyde als Gegner des Bittstellers anzusehen sind,

Digitized by Google

vier Augen mehr sehen als zwey, und dem Richter dadurch die Mühe erspart wird, zweyerley Fragstücke mit einander zu verschmelzen.

4. Das Gesetz läßt keine Edictal-Vorladung des Abwesenden, keinen Aufruf an den Vermißten ergehen, weil beydes unschicklich in Ansehung eines Menschen erscheint, dessen bereits erfolgter Tod vollständig zu erweisen sich erbothen wird, sondern es begnügt sich mit einer Verlautbarung von dem im Texte angegebenen Inhalte, damit Jedermann in den Stand gesetzt werde, alles, was über den Tod oder das Leben des Vermißten zu seiner Kenntniß gelangt ist, an die Hand zu geben, und so den Beweis des Todes entweder zu verstärken oder zu entkräften.

5. Die Bestimmung einer kürzern oder längern Frist, binnen welcher Jedermann über die ihm bekannten Umstände des Todes des Vermißten Anzeige zu machen hat, überläßt das Gesetz nach den besondern Umständen des jedesmahligen Falles zwar dem Ermessen des Richters, aber nicht seiner bloßen Willkühr, damit er keine Macht bekomme, durch zu große Verkürzung der Frist das öffentliche Interesse, durch zu große Verlängerung derselben aber die Rechte der Partey zu beeinträchtigen. Deßwegen ward ein Minimum und ein Maximum bestimmt. Letzteres soll sich nicht über ein Jahr hinaus erstrecken, weil selbst die Frist bey Todeserklärungen nicht länger ist. Für ganz außerordentliche Fälle, die eine noch längere Zeit erheischen könnten, ist durch den letzten Satz gesorgt worden.

§. 234.

Wann und wie der Richter die Zeugen zu verhören, und was für besondere Obliegenheiten er dabey habe.

»§. 4. Sobald der Richter die Fragestücke erhalten hat, soll »er, ohne den Ablauf der in der Verlautbarung festgesetzten Frist »abzuwarten, zur Vernehmung der Zeugen schreiten, und dabey »nach den Vorschriften der allgemeinen Gerichtsordnung vorge»hen. Nur liegt ihm ob, die eingelegten Fragstücke, wenn er es »nöthig findet, auch während des Zeugenverhöres zu vervollstän»digen, oder neue Fragen zu stellen, um alle entscheidenden Um»stände genugsam aufzuklären.«

1. Der Zweck der Verlautbarung besteht hauptsächlich darin, durch dieselbe die Kraft des Zeugenbeweises zu erhöhen, die Zeugen aufmerksam zu machen, daß sie nicht leicht Gegenstände bestätigen, deren Gegentheil sich von andern Seiten her bewähren könnte. Mit dieser Bestimmung der öffentlichen Verlautbarung ist es ganz vereinbarlich, die Zeugen auch während des Laufes der Verlautbarungsfrist abzuhören. Die Verschiebung dieses Verhöres bis auf den ohnehin aller Wahrscheinlichkeit nach fruchtlosen Verlauf der Verlautbarungsfrist wäre für die beweisführende Partey zu gefährlich und für den Vermißten sowohl als für die öffentliche Sache ohne Nutzen; zu gefährlich, weil ein Zeuge unterdessen sterben oder sonst in Abgang kommen könnte; ohne Nutzen, denn würde der Vermißte unterdessen eine Nachricht von seinem Daseyn geben, oder jemand Anderer einen Beweis darüber liefern, so muß ohnehin jede weitere Verhandlung von selbst aufhören; im entgegengesetzten Falle aber sind die Rechte des Vermißten und das öffentliche Interesse hinlänglich verwahrt, wenn vor Verstreichung der Verlautbarungsfrist nur kein Erkenntniß geschöpft wird. Die Frage, ob der Beweis hergestellt sey, kann in diesem Falle doch bloß mit dem Curator des Vermißten und dem Vertheidiger des Ehebandes ausgetragen werden.

2. Die Verpflichtung des Richters im Falle, wenn während des Zeugenverhöres neue, einer Aufklärung bedürfende, Umstände vorkommen, neue der Sache angemessene Fragen an die Zeugen zu stellen, oder die eingereichten Fragstücke nöthigen Falls zu vervollständigen, ist eine natürliche Folge des zum Theile ämtlichen Verfahrens, welches durch das Gesetz verordnet wurde.

§. 235.

Wem die Zeugenaussage mitzutheilen; wie und wann die Verhandlung zu pflegen und Ergänzungen anzuordnen sind.

»§. 5. Die aufgenommenen Aussagen der Zeugen sind sowohl »dem Zeugenführer als dem Curator des Vermißten und dem »Vertheidiger des Ehebandes mitzutheilen. Hiernächst hat der Rich»ter eine Tagsatzung jedoch so, daß die in der Verlautbarung an»beraumte Frist vor derselben schon abgelaufen ist, anzuordnen,

»und bey dieser den Beweisführer und die beyden Vertreter mit »ihren Einwendungen und Erinnerungen zum Protokolle zu ver»nehmen. Sollte sich aus denselben die Nothwendigkeit neuer Er»hebungen oder Zeugenverhöre ergeben, so sind diese ohne Verzug »zu veranstalten oder vorzunehmen.«

Die sämmtlichen Anordnungen dieses Paragraphes sind theils aus der Nothwendigkeit eines, so viel möglich, abgekürzten, theils aus der Natur des ämtlichen, Verfahrens zu erklären.

§. 236.

Urtheil. Rechtsmittel dagegen. Inhalt und Vorlegung desselben an höhere Behörden. Verbesserung der bemerkten Gebrechen im Verfahren.

»§. 6. Nach dem Schlusse der Verhandlungen ist mit Zuzie»hung eines politischen Repräsentanten durch Urtheil zu erkennen, »ob der Beweis des erfolgten Todes hergestellt worden sey oder »nicht. Im letzteren Falle finden dagegen die gewöhnlichen Rechts»mittel Statt; im ersten aber ist das Urtheil, in welchem immer »der aus den Zeugenaussagen hervorgehende Zeitpunct des To»des ausgedrückt seyn muß, vor der Kundmachung jederzeit dem »Appellations-Gerichte, und durch dieses dem obersten Gerichts»hofe vorzulegen. Fallen dem obern Richter in dem Verfahren »wesentliche Gebrechen auf, so soll er vor Schöpfung des Ur»theils die Verbesserung derselben von Amtswegen anordnen.«

1. Die Entscheidung, ob die Zeugenaussagen den Tod des Vermißten vollständig beweisen oder nicht, erfordert ein Urtheil, weil es hier wenigstens mittelbar um die Zuerkennung eines Rechtes, und zwar über zweyseitige Verhandlungen zu thun ist. Die Zuziehung eines politischen Repräsentanten bey der Berathschlagung über das zu schöpfende Urtheil konnte wegen des obwaltenden öffentlichen Interesse nicht wohl beseitiget werden.

2. Die vorgeschriebene ausdrückliche Anmerkung des aus den Zeugenaussagen sich ergebenden Zeitpunctes, wann der Vermißte gestorben sey, in dem Urtheile gründet sich darauf, daß in einem solchen Falle die Rechtswirkung des Urtheiles nach dem §. 278 des b. G. B. nicht von dem Tage, da dasselbe rechtskräftig geworden, sondern von dem Zeitpuncte des bewiesenen früheren Abster-

Digitized by Google

bens anzufangen hat. Auch ist eine solche Anmerkung aus dem Grunde nützlich, damit man in dem Falle, als sich der zurückgelassene Ehegatte schon vor dem Urtheile verehelichet und mehrere Kinder erzeugt haben sollte, wisse, welche allenfalls nach dem §. 160 des b. G. B. für ehelich und welche für unehelich zu halten wären, und damit der Anfallstag eines Erbrechtes gewiß werde, weil diese Vorschrift über das Verfahren in dem nicht mehr zu unserer Frage gehörigen §. 7 auch auf solche Fälle erstreckt wurde, wo jemand den Tod eines andern durch Zeugen zu erweisen sich anbiethet, um dessen Vermögen kraft Erbrechtes zu erlangen.

3. Fällt das Urtheil dahin aus, daß der Beweis nicht hergestellt worden sey, so überläßt das Gesetz es dem Zeugenführer, ob er appelliren wolle oder nicht, weil er allein dabey interessirt ist. Wird im Appellationsfalle von der höheren Behörde das verneinende Urtheil der ersten Instanz bestätigt, so ist die causa publica nicht gefährdet. Es kann also nach der Gerichtsordnung dabey sein Bewenden haben; wird es aber abgeändert, so tritt der Fall eines bejahenden Urtheiles, wenigstens in der zweyten Instanz ein, und dann ist eben so, wie in dem Falle eines von der ersten Instanz geschöpften und von der zweyten bestätigten bejahenden Urtheiles, dasselbe von Amtswegen der obersten Justizstelle vorzulegen, damit in einer so wichtigen Sache, wobey es sich nicht bloß um die Rechte des Vermißten, sondern auch um das öffentliche Interesse handelt, die untern Stellen der gehörigen Controlle unterworfen werden.

4. Sollten die oberen Behörden in dem Verfahren wesentliche Gebrechen bemerken, so ist zur Ersparung der Zeit und der Kosten sehr zweckmäßig angeordnet worden, daß dem untern Gerichte die Verbesserung der Gebrechen von Amtswegen aufgetragen werde, wie dieses bey der Ungültigerklärung, bey der Trennung der Ehe, und analogisch auch bey Todeserklärungen zum Zwecke der Wiederverehelichung schon durch die Vorschrift über das Verfahren in streitigen Eheangelegenheiten vom 22. Julius 1819, zu Ende des §. 12 befohlen worden ist.

Digitized by Google

C. Trennung durch richterliches Urtheil.

§. 237.

Oesterreichische Gesetze über die Auflösung der Ehe zwischen nicht katholischen christlichen Religions-Verwandten.

1. Wir kommen auf die letzte Art der Ehetrennung, nähmlich auf diejenige, welche durch richterliches Urtheil geschieht. In wiefern eine solche Trennung in gewissen Fällen nach dem canonischen Rechte Statt finde, ist schon an einem andern Orte (§. 186 — 187) bemerkt worden. Da nach dem Oesterreichischen Rechte die Trennung der Ehe durch richterliches Urtheil, in soweit wir sie hier zu behandeln haben, sich bloß auf die nichtkatholischen Religions-Genossen bezieht, so müssen wir zuvörderst die Gesetze kennen lernen, die in dem österreichischen Staate über diese jenen Religions-Verwandten eigene Trennungsart vormahls bestanden, und noch bestehen.

2. Schon in dem Toleranz-Patente vom 13. October 1781 §. 5 ward die Judicatur in Religions-Sachen der Akatholischen nach ihren Religions-Grundsätzen der politischen Landesstelle mit Zuziehung eines ihrer Pastoren und Theologen aufgetragen, von welcher der weitere Recurs an die politische Hofstelle frey stand. Consequenter Weise mußte auch in gerichtlichen Streitsachen der Akatholischen, in soweit dabey ihre Religions-Grundsätze Einfluß haben, auf diese Bedacht genommen werden. Dieses ist besonders der Fall bey Ehetrennungen (divortia), d. i. bey der gänzlichen Auflösung eins gültig geknüpften Ehebandes, welches die Akatholiken nach ihren Religionsbegriffen nicht für schlechterdings unauflösbar halten. Deßwegen wurden diejenigen, die nicht der katholischen Religion zugethan sind, von Beobachtung des Ehe-Patentes vom 16. Januar 1783 in Ansehung der Unauflösbarkeit der Ehe §§. 49 — 57 in gewissen Fällen entbunden, welches dann auch in dem ersten Theile des allg. bürgerl. Gesetzbuches Kaisers Josephs II. §§. 104 — 112 wiederhohlt wurde. In dem bürgerl. Gesetzbuche für Galizien vom Jahre 1797 ward §. 109 in dieser Rücksicht der Grundsatz aufgestellt: die Gründe, welche einen katholischen Einwohner zur Scheidung von Tisch und Bett berechtigen, mögen bey anderen Religions-Verwandten auch zur gänz-

Digitized by Google

lichen Auflösung des Ehebandes hinreichend seyn. Endlich wurde in dem durch das Patent vom 1. Junius 1811 kundgemachten und mit dem 1. Januar 1812 in Wirksamkeit getretenen neuesten allg. bürgerl. Gesetzbuche §. 115 festgesetzt: „Nichtkatholischen „christlichen Religions-Verwandten gestattet das Gesetz „nach ihren Religions-Begriffen aus erheblichen Gründen „die Trennung der Ehe zu fordern. Solche Gründe sind: „Wenn der Ehegatte sich eines Ehebruches oder eines Ver„brechens, welches die Verurtheilung zu einer wenigstens „fünfjährigen Kerkerstrafe nach sich gezogen, schuldig ge„macht; wenn ein Ehegatte den andern boshaft verlassen „hat, und falls sein Aufenthaltsort unbekannt ist, auf öf„fentliche gerichtliche Vorladung innerhalb eines Jahres „nicht erschienen ist; dem Leben oder der Gesundheit ge„fährliche Nachstellungen; wiederhohlte schwere Mißhand„lungen; eine unüberwindliche Abneigung, welcher wegen „beyde Ehegatten die Auflösung der Ehe verlangen; doch „muß in dem letzten Falle die Auflösung der Ehe nicht so„gleich bewilligt, sondern erst eine Scheidung von Tisch „und Bett, und zwar nach Beschaffenheit der Umstände, „auch zu wiederhohlten Mahlen versucht werden. Uebrigens „ist in allen diesen Fällen nach eben den Vorschriften zu „handeln, welche für die Untersuchung und Beurtheilung „einer ungültigen Ehe gegeben sind.

§. 238.

Der Inhalt des §. 115 bezieht sich nicht auf die Juden und auf die unirten, wohl aber auf die nicht unirten Griechen und die Protestanten beyder Confessionen.

Die Anfangsworte des §. 115 geben zu erkennen, daß der Inhalt dieses Paragraphes sich weder auf die Juden, noch auf unirte Griechen beziehe; denn die Juden gehören nicht zu den christlichen Religions-Verwandten, obwohl sie bisweilen in den Gesetzen selbst unter der Benennung der Akatholiken begriffen wer-

Digitized by Google

den, und für sie hat das allg. bürgerl. G. B. §. 135 — 136 mit Rücksicht auf ihr Religions-Verhältniß eigene Ehetrennungsgründe festgesetzt [1], die unirten Griechen aber werden zu den katholischen Religions-Verwandten gerechnet, weil sie sich mit der katholischen Kirche, jedoch mit Vorbehalt ihrer Disciplin, Ritus und Ceremonien, wieder vereiniget haben. Sie werden daher in den Oesterreichischen Staaten in Ansehung der Auflösbarkeit des Ehebandes eben so wie die Katholiken des lateinischen Ritus nach dem §. 111 des allg. bürgerl. G. B. behandelt. Ungezweifelt aber betrifft der §. 115 die Protestanten, sowohl der Augsburgischen als der Helvetischen Confession, d. i. nicht nur die Evangelischen, sondern auch die Reformirten. Auch nicht unirte Griechen, weil sie ebenfalls zu den christlichen nicht katholischen Religions-Verwandten gehören, sind darin begriffen.

§. 239.

Wie sind die Worte: nach ihren Religions-Begriffen in §. 115 zu verstehen?

1. Mehr Schwierigkeit verursachen die Worte des Gesetzes: nach ihren Religions-Begriffen. Es wird wohl nicht leicht behauptet werden, daß durch dieselben bey den Protestanten und nicht unirten Griechen die Zulässigkeit der Ehetrennung von den besondern Religions-Begriffen des einen oder beyder Ehegatten abhängig gemacht worden sey; denn käme es auf die individuellen Religions-Begriffe der einzelnen Ehegatten an, ob sie einen Grund für erheblich und zur Auflösung des Ehebandes geignet halten, so könnte jeder mißvergnügte Ehegatte oder jedes unzufriedene Ehepaar vorgeben, daß nach ihren individuellen Religions-Begriffen die nächste beste Ursache, deren Daseyn sie zu erweisen im Stande wären, ein erheblicher Trennungsgrund sey. So wäre die Auflösung des Ehebandes ganz der Willkühr der Parteyen Preis gegeben, und müßte aus mehreren Gründen zugelassen werden, als das Gesetz im §. 115 nahmhaft macht, wovon jenes gewiß nicht in der Absicht der Gesetzgebung lag, dieses aber später widerlegt werden soll.

2. Man wird daher leicht zugeben, daß die angeführten Worte

[1] Pratobevera's Materialien III. Bd. S. 226 — 250.

sie zu verstehen seyn: nach den Religions-Begriffen der Kirche, zu welcher sich die akatholischen christlichen Ehegatten bekennen. Aber nun entstehet die schwierigere Frage: ob diese Ausdrücke den Sinn haben: In so fern es den Religions-Begriffen ihrer Kirche gemäß ist, oder aber den: weil es den Religions-Begriffen ihrer Kirche gemäß ist. Man sieht leicht ein, worin die Verschiedenheit zwischen diesen beyden möglichen Bedeutungen liege. Nach der erstern wäre in jedem einzelnen Falle, wo die Ehetrennung aus einer im §. 115 verzeichneten Ursache angesucht wird, erst auszumitteln, ob nach den in der akatholischen Kirche, zu welcher die Ehegatten gehören, herrschenden Religions-Begriffen aus dieser Ursache die Ehe getrennt werden könne. Nach der letztern hätte die Gesetzgebung im §. 115 ihre Ueberzeugung ausgesprochen, daß aus einem jeden dort nahmhaft gemachten Grunde sowohl in der evangelischen und reformirten als auch griechischen nicht unirten Kirche nach den darin angenommenen Religions-Begriffen das Eheband aufgelöset werden könne. Der Richter hätte sich also um die in jeder akatholischen Kirche in Ansehung der Ehetrennungsgründe herrschenden Religions-Begriffe gar nicht zu bekümmern, sondern hätte bloß darauf zu sehen, ob der gesetzliche Grund, aus welchem die Ehetrennung begehrt wird, erwiesen sey.

5. Nach meiner Meinung sind die in der Frage stehenden Worte in der letztern Bedeutung zu nehmen. Sie ist die natürliche, die man nicht verlassen darf, so lange keine Noth dazu vorhanden ist. Wenn es im §. 111 des a. b. G. B. hieße: Das Band einer gültigen Ehe kann zwischen katholischen Personen nach ihren Religions-Begriffen nur durch den Tod des einen Ehegatten getrennt werden, so würde niemand zweifeln, daß die bezeichneten Worte eben so viel bedeuten, als: weil dieses ihren Religions-Begriffen gemäß ist. Warum sollen die nähmlichen Worte in dem ganz analogen Satze des §. 115 nicht eben dieselbe Bedeutung haben? Die Aussage beyder Paragraphe stützt sich ja auf einen gleichen Grund, nähmlich auf die Religions-Begriffe der katholischen und nicht katholischen Christen. In dem zur Erläuterung des §. 119 des b. G. B. erlassenen Hofdecrete vom 26. August 1814 wird gesagt, daß eine katholische Person nach

»den Begriffen der katholischen Religion mit einer »getrennten akatholischen bey Lebzeiten des geschiedenen Gegen»theils — keine gültige Ehe eingehen könne.« Das Hofdecret vom 13. November 1816 redet von der den jüdischen Eheleuten vermöge ihrer Religions-Begriffe in den §§. 133 und 134 eingeräumten vollen Freyheit zur Trennung der Ehe mit wechselseitiger freyer Einwilligung. Der §. 133 des a. b. G. B. verordnet: »Bey der Judenschaft haben mit Rücksicht auf ihr Religions-Verhältniß nachstehende Abweichungen von dem — »allgemein bestehenden Eherechte Statt.« In allen diesen analogen Stellen haben ähnliche Ausdrücke immer den Sinn: weil dieses ihren Religions-Begriffen entspricht. Sprachgebrauch und Analogie sind also dafür, daß man auch den Worten des §. 115 denselben Sinn beylege, und annehme, der Gesetzgeber habe durch dieselben nur die Motive und Rücksichten angeben wollen, die er bey Festsetzung der Divortial-Ursachen vor Augen hatte.

4. Läge in den oft erwähnten Worten des §. 115 die Bedeutung in so fern, nicht aber die Bedeutung, weil es die Religions-Begriffe ihrer Kirche mit sich bringen, d. h. hätte die Gesetzgebung im §. 115 keine durchgreifende und cathegorische Regel über Ehetrennungs-Ursachen für alle nicht katholische christliche Religions-Verwandte aufstellen, sondern es darauf anlegen wollen, daß in jeden einzelnen vorkommenden Falle einer angesuchten Ehetrennung erst ausgemittelt werde, ob nach den besondern Religions-Begriffen der Kirchen, wozu sich die einschreitenden akatholischen Parteyen bekennen, das Eheband aus diesem oder jenem, von ihnen aus dem §. 115 des bürgerl. G. B. entlehnten, Grunde aufgelöset werden könne, so würde sie dieses gewiß irgendwo angedeutet, und zugleich die Art und Weise bestimmt haben, wie diese Ausmittelung zu geschehen habe. Davon findet sich aber nirgends eine Spur, vielmehr läßt sich sehr leicht der Grund angeben, warum die österreichische Gesetzgebung auf eine solche Bestimmung weder dachte, noch denken konnte. Sie hätte zu diesem Ende nur zwey Wege einschlagen können, entweder die Landrechte als die competente Behörde in Ehetrennungssachen anzuweisen, daß sie in jedem einzelnen Falle, wo es sich um eine Ehetrennung zwischen nicht katholischen christlichen Religions-Ver-

Digitized by Google

wandten handelt, den Vorsteher der Kirche, deren Mitglieder die Ehegatten sind, vorläufig vernehmen und dessen Erklärung bey der Entscheidung zum Grunde legen sollen; oder es den Landrechten zur Pflicht zu machen, daß sie in jedem vorkommenden Falle die betreffenden Kirchengesetzbücher der Akatholiken zu Rathe ziehen und nach denselben entscheiden sollen. Keines von diesen Mitteln hätte den Landrechten einen festen Anhaltspunct bey ihren Entscheidungen verschafft. Nicht das letztere, denn die Protestanten haben keine allgemeinen Kirchengesetzbücher. Bey ihnen führt jeder Landesfürst in der Kirche seines Staates die äußere Kirchenregierung, und bestimmt durch sein Gesetzbuch, was für Ehetrennungsursachen gelten sollen. Die landesfürstlichen Gesetzbücher aber lauten in diesem Puncte sehr verschieden. Die griechischen nicht unirten Kirchen haben zwar ihre geistlichen Gesetzbücher, aber doch nach Verschiedenheit der Sprachen jede ein anderes, und es ist zwischen denselben in Betreff der Ehetrennungsursachen keine vollkommene Uebereinstimmung. Auch sind diese Gesetzbücher unsern Gerichten nicht bekannt, und für sie unverständlich. Wie könnte sie also der Gesetzgeber darauf anweisen? Nicht das erstere. Jeder vernommene Superintendent oder Bischof würde nach den Büchern, aus welchen er sein Kirchenrecht, oder seine Moral studiert hat, oder die er eben besitzt, seine Erklärung abgeben, und da diese Bücher in Ansehung der Ehetrennungsgründe mit einander nicht übereinkommen, so könnte und würde es geschehen, daß der Vorgänger eine andere als der Nachfolger, oder zu gleicher Zeit ein Vorsteher diese, ein anderer jene Meinung äußerte. Soll bey einem gleichen vorliegenden Trennungsgrunde eben dasselbe Landrecht ein Mahl für, das andere Mahl gegen, oder zu gleicher Zeit das eine Landrecht für, das andere gegen die Auflösung des Ehebandes zu sprechen verbunden seyn? Würden die Gerichte bey solchen ihnen zur Nothwendigkeit gemachten Widersprüchen nicht in den Verdacht der Partheylichkeit oder Ungerechtigkeit kommen? — Hieraus wird es wohl ganz klar, daß die Gesetzgebung Oesterreichs den von ihr gebrauchten Worten: nach ihren Religions-Begriffen keinen andern Sinn beylegen konnte und wollte, als daß die im §. 115 verzeichneten Trennungsgründe nach der Ueberzeugung des Gesetzgebers mit den Religions-Be-

Digitized by Google

griffen aller in dem Oesterreichischen Staate befindlichen akatholischen christlichen Kirchen übereinstimmen, und daher für alle Glaubensgenossen dieser Kirchen gemeinschaftlich gelten sollten.

5. In Ansehung der Protestanten hat diese Auslegung noch nie einen Anstand gefunden. Niemanden fiel es noch ein, in Zweifel zu ziehen, daß die sechs in §. 115 des a. b. G. B. bestimmten Ehetrennungsgründe mit den Religions-Begriffen der Protestanten in Harmonie stehen. Wirklich kommen alle selbst in den Gesetzen protestantischer Landesfürsten vor, und werden auch von den angesehensten Kirchenrechtslehrern und Moralisten der protestantischen Kirche entweder nahmentlich oder doch dem Grundsatze nach als rechtmäßig anerkannt, wie dieses anderswo ausführlich gezeigt worden[1]. Es haben auch bisher weder die Oesterreichischen Protestanten eine Beschwerde geführt, daß es ihren Religionsgrundsätzen widerstreite, wenn aus den im §. 115 enthaltenen Gründen auf Trennung ihrer Ehen erkannt wird, noch die österreichischen Gerichte und die Schriftsteller gezweifelt, daß diese Ehetrennungsgründe in Ansehung der Evangelischen und Reformirten unbedingt gelten.

6. Anders verhält sich die Sache in Ansehung der nicht unirten Griechen. In Beziehung auf diese ist schon in allem Ernste der Zweifel aufgeworfen worden, ob die Absicht der Gesetzgebung dahin gegangen sey, daß die im §. 115 des b. G. B. verzeichneten Gründe auf die Trennung der griechischen nicht unirten Ehen eine eben so uneingeschränkte Anwendung als auf die Trennung der Protestantischen Ehen haben, oder ob sie nur in so fern gelten sollten, als bewiesen werden könnte, daß ein oder der andere Grund mit den Religions-Begriffen der nicht unirten Griechen vereinbarlich sey. Allein der Inhalt des §. 115, besonders wenn er mit dem §. 39 des b. G. B. verglichen wird, gibt deutlich zu verstehen, daß in Ansehung der Trennungsursachen kein Unterschied zwischen Protestanten und nicht unirten Griechen Statt finden soll. Die Verschiedenheit der Religion hat nach §. 39 auf die Privat-Rechte keinen Einfluß, außer in so fern dieses bey einigen Gegenständen durch die Gesetze insbesondere angeordnet worden. Nun hat zwar das a. b. G. B. im §. 115 bey der Ehetrennung

[1] Provisorat's Materialien B. V. S. 16 u. 17.

für die nicht katholischen christlichen Religions-Verwandten überhaupt, nicht aber unter diesen wieder für die nicht unirten Griechen aus Rücksicht auf ihre Religions-Begriffe insbesondere etwas angeordnet; also kommen bey der Ehetrennung den nicht unirten Griechen eben dieselben Rechte zu, die im §. 115 den nicht katholischen christlichen Religions-Verwandten überhaupt, zu welchen sie unstreitig gehören, eingeräumt worden sind. Die Worte des Paragraphes sind auf die nicht unirten Griechen eben so gut anwendbar, als auf die Protestanten. Es ist also kein Grund vorhanden, zu zweifeln, daß das bürgerl. Gesetzbuch es eben so bey jenen als bey diesen als ausgemacht und bekannt angenommen hat, daß die im §. 115 angeführten Trennungsgründe ihren Religions-Begriffen gemäß sind, weil sonst behauptet werden müßte, daß das Gesetz die nur einmahl gebrauchten Ausdrücke: nach ihren Religions-Begriffen, ganz gegen den allgemeinen Redegebrauch, eine verschiedene Bedeutung habe geben wollen, je nachdem von diesen oder jenen nicht katholischen christlichen Religions-Genossen die Rede wäre. Hätte der Gesetzgeber in Ansehung der Ehetrennungsursachen eine Verschiedenheit zwischen Protestanten und nicht unirten Griechen festzusetzen die Absicht gehabt, so würde er auch nicht unterlassen haben, den Fall zu entscheiden, wie es in Ansehung der Ehetrennung zu halten sey, wenn die Ehe zwischen zwey Personen geschlossen worden, deren eine sich zur protestantischen, die andere zur griechischen nicht unirten Religion bekennt, gleichwie er im zweyten Satze des §. 111 nicht vergessen hat, zu bestimmen, was in Beziehung auf die Auflösung des Ehebandes Rechtens sey, wenn ein Theil zur Zeit der geschlossenen Ehe der katholischen, der andere einer nicht katholischen Religion zugethan war. Die Richtigkeit dieser Auslegung findet sich auch durch die bey der Prüfung des a. b. G. B. Statt gehabten Verhandlungen bestätiget.

7. Ueberdieß habe ich in einer weitläufigen Abhandlung [1], deren Paragraphe ich hier beysetzen will, bewiesen, daß die sechs Gründe, aus welchen nach dem §. 115 des a. b. G. B. von christ-

[1] In des Herrn Appellations-Vice-Präsidenten Ritters von Pratobevera Materialien B. V. §. XV—XL. S. 31—125.

lichen nicht katholischen Religions-Verwandten die Trennung der Ehe verlangt werden kann, den Religions-Begriffen der nicht unirten griechischen Kirche keineswegs widerstreiten, sondern theils aus den Worten, theils aus dem Geiste ihrer Ehetrennungsgesetze gerechtfertiget werden können. Wenn, wie sich aus den in gedachter Abhandlung angeführten Beweisstellen ergibt, die griechischen Kaiser und andere sich zur orientalischen Kirche bekennende Landesfürsten von jeher bis auf die neuesten Zeiten aus landesherrlicher Macht, Gründe zur Ehetrennung festgesetzet, nach Gutbefinden abgeändert oder aufgehoben (§§. 8 — 15); wenn diese Ehetrennungsursachen oder deren Aenderungen von der hohen Geistlichkeit der griechischen Kirche nie einen Wiederspruch erfahren haben (§. 19); wenn von den griechischen Sammlern und Auslegern der kirchlichen Canonen die kaiserlichen Gesetze stets nicht nur überhaupt als Hülfsmittel zur näheren Bestimmung und Erläuterung des Sinnes derselben erkannt (§. 20), sondern auch wirklich zur Ergänzung oder Erklärung der von den Ehetrennungsgründen zu allgemein, unbestimmt, oder zweifelhaft redenden Canonen angewendet (§§. 21 — 24); wenn ihre Interpretation dieser Canonen und die kaiserlichen Ehetrennungsgesetze in die von den geistlichen Oberhäuptern der orientalischen Kirche zum allgemeinen Kirchengebrauche bestimmten Gesetzbücher oder corpora juris canonici aufgenommen (§§. 26 — 29) und somit gleichsam canonisirt, d. i. zu Kirchengesetzen erhoben (§. 30), ja sogar von der lateinischen Kirche immer mit Nachsicht behandelt worden sind (§. 31); so kann doch der Gesetzgeber Oesterreichs, der aus den vielen, in den weltlichen und geistlichen Gesetzbüchern der Griechen enthaltenen, zum Theil unbedeutenden, zum Theil jetzt unanwendbaren Ehetrennungsgründen sechs, die er für die erheblichsten und den Zeit- und Ortsbedürfnissen angemessensten hielt, und deren Rechtfertigung theils in dem Wortlaute, theils in dem Geiste der griechischen Ehetrennungsgesetze liegt (§. 34 — 40 der angeführten Abhandlung), mit Vor- und Umsicht ausgewählet hat, gegen die Religions-Begriffe seiner, der griechischen nicht unirten Kirche zugewandten, Unterthanen unmöglich angestoßen und ihre Gewissensfreyheit beeinträchtiget haben. Vielmehr hat er dadurch der Willkühr und dem Leichtsinne bey Ehetrennungen dieser Glaubens-

genossen weit besser vorgebeugt, als wenn er die vorläufige Entscheidung über die Statthaftigkeit einer Ehetrennung in jedem einzelnen Falle dem schwankenden und unübereinstimmenden Urtheile ihrer Bischöfe überlassen, oder die Civil-Richter angewiesen hätte, bey ihrem Spruche über eine von nicht unirten Griechen begehrte Trennung der Ehe, sich nach den Vorschriften der wenig bekannten, in einer unverständlichen Sprache geschriebenen und nicht leicht zu bekommenden Gesetzbücher der griechischen Kirche zu richten. Hieraus ergibt sich nun das unzweifelhafte Resultat, daß die österreichische Gesetzgebung auch den nicht unirten Griechen die Trennung der Ehe aus den im §. 115 des b. G. B. angeführten Gründen nicht bedingt: wenn und inwieferne dieses mit ihren Religions-Begriffen vereinbarlich seyn sollte, sondern unbedingt und in der Ueberzeugung, daß dieses ihren Religions-Begriffen keineswegs entgegen sey, gestattet habe.

8. Endlich ist diese Ansicht auch durch eine allerhöchste Entschließung bestätiget worden. Das Hofkanzleydecret vom 20. November 1820 in der galizischen Provinzial-Gesetzsammlung II. B. S. 325 sagt: »Seine Majestät haben über den von der Hof-Commission in Justizgesetzsachen erstatteten Vortrag über die rege gemachte Frage: ob der §. 115 des a. b. G. B. auf die Ehe der nicht unirten Griechen anwendbar sey? unter dem 4. September dieses Jahres (1820) zu entschließen befunden, daß es bey der Anordnung des a. b. G. B. dort, wo dieses Gesetz Kraft hat, auch in Beziehung der nicht unirten Griechen zu verbleiben habe [1].«

§. 240.

Die Trennungsgründe des §. 115 gelten ausschließungsweise.

1. Eine weitere Frage ist es, ob die im §. 115 des a. b. G. B. aufgezählten Ehetrennungsgründe nur beyspielweise (demonstrationis causa) oder ausschließungsweise (taxationis causa), nähmlich so, daß außer denselben keine andern gelten sollten, zu verstehen seyen. Für die erstere Meinung scheint sowohl der Wortlaut

[1] Siehe Winiwarter: Handbuch der Justiz- und politischen Gesetze, I. B. S. 154.

des Gesetzes, als auch die Analogie zu sprechen. Denn des Ausdrucks: Solche, pflegt man sich bey Anführung von Beyspielen zu bedienen, und wenn man statt dieses Ausdruckes die Worte, worauf sich derselbe beziehet, setzet, so lautet der Text des Gesetzes eigentlich so: Erhebliche Gründe, die Trennung der Ehe zu fordern, sind. Nun findet man aber ähnliche Ausdrücke auch in den sehr analogen §§. 53 und 109, wo sie aller Wahrscheinlichkeit nach nicht ausschließungs-, sondern nur beyspielsweise zu verstehen sind. Nichtsdestoweniger leidet es keinen Zweifel, daß die letztere Meinung die wahre, und daß die Zahl der Trennungsgründe geschlossen sey.

2. Für diese Meinung spricht einmahl schon der §. 115 selbst am Ende, wo es heißt, daß in allen den Fällen, in welchen eine Trennung der Ehe begehrt werden kann, nach eben den Vorschriften zu handeln sey, welche für die Untersuchung und Beurtheilung einer ungültigen Ehe gegeben sind. In Rücksicht auf die Beurtheilung der Ungültigkeit einer Ehe aber wird im §. 99 der Grundsatz aufgestellt, daß die Vermuthung immer für die Gültigkeit der Ehe streite. Dieser Grundsatz gilt, es mag der Zweifel über die Gültigkeit der Ehe von der Ungewißheit des das Ehehinderniß begründenden Factums, oder von der Zweydeutigkeit der gesetzlichen Anordnung selbst herrühren [1]. Also stehet im Zweifel auch immer die Vermuthung für die Unauflösbarkeit der Ehe, wenn gleich der Zweifel nicht das Daseyn eines bestimmten Trennungsgrundes, sondern bloß den Sinn der darüber bestehenden gesetzlichen Bestimmung betrifft. Eine Folge davon aber ist, daß man nichts als Trennungsgrund ansehen darf, was nicht als solcher im Gesetze deutlich bezeichnet wird. Der nächstfolgende §. 116 bestärkt die geäußerte Meinung, indem er dem nicht katholischen Ehegatten, obschon der andere Theil zur katholischen Religion übergetreten ist, gestattet, die Trennung der Ehe aus den angeführten Gründen zu verlangen, also keineswegs aus Gründen, die in dem vorhergehenden §. 115 nicht angeführt sind. Selbst für die Judenehen, die doch in Ansehung der Trennung von dem Gesetzgeber viel nachsichtiger behandelt werden, als die Ehen der Christen, sind zu

[1] Pratobevera's Materialien Bd. IV. S. 190.

Folge des §. 136 die Trennungsursachen taxative angeführt, um wie viel mehr also für die Ehen der Christen, deren Religions-Grundsätze der Auflösung des Ehebandes weit weniger günstig sind. Am meisten aber streitet der in allen unsern Ehegesetzen sich aussprechende Geist gegen die demonstrative und für die taxative Anführung der Trennungsursachen. Da die Aufrechthaltung des ehelichen Bandes für den Staat äußerst wichtig ist, so zielen alle, sowohl im allg. bürgerl. Gesetzbuche als in andern Gesetzen enthaltenen Anordnungen in Ehesachen dahin, der Auflösung desselben entgegen zu arbeiten, in so weit es nur immer die Religions-Begriffe der verschiedenen Glaubensgenossen erlauben. Schon das Hofdecret vom 12. August 1788, Nr. 871 der J. G. S. klagte, daß die Gerichts-Behörden in Ehescheidungs- (nach der jetzigen Terminologie in Ehetrennungs-) Prozessen mit zu großer Leichtigkeit vorgehen, und sich nicht genug gegenwärtig halten, wie wichtig es dem Staate sey, die gültig geschlossenen Ehen aufrecht zu erhalten. In dieser Rücksicht wurde allen Gerichtsbehörden unter schwerer Verantwortung und Strafe befohlen, in diesen Prozessen aus keinem andern Gesichtspuncte auszugehen, als daß bey den Akatholiken keine andern als die im Gesetze eigens ausgedrückten Fälle zur Auflösung eines gültigen Ehebandes führen können. Zu noch größerer Sicherheit ward durch die Hofdecrete vom 15. December 1788, Nr. 926, und 28. December 1789, Nr. 1087, die Zuziehung eines politischen Repräsentanten zur Beurtheilung, durch das Patent vom 22. Februar 1791, Nr. 115 aber die ämtliche Untersuchung solcher Streitigkeiten und die Bestellung eines eigenen Vertheidigers des Ehebandes angeordnet. In dem Hofkanzley-Decrete vom 22. Julius 1819, welches eine bestimmtere Vorschrift über das Verfahren in streitigen Eheangelegenheiten enthält, wird dem Richter eingebunden, die für die Auflösung der Ehe angeführten Gründe strenge zu prüfen, und eine gültige Ehe gegen jede willkührliche Anfechtung von Amtswegen in Schutz zu nehmen. Wären aber die Trennungsursachen im §. 115 nur beyspielsweise angegeben, so würde aus den Anfangsworten desselben folgen, daß jeder erhebliche Grund zur Trennung akatholischer Ehen hinreiche. Da nun das Gesetz zur Beurtheilung dieser Erheblichkeit keine Norm aufstellt, sondern nach der Voraussetzung nur einige Beyspiele an-

Digitized by Google

führt; so würde der ganze Bestand akatholischer Ehen dem Eigendünkel der Parteyen und Richter anheimgestellt seyn. Ueberdieß hat der Oesterreichische Gesetzgeber die Trennungsursachen zu bestimmen deßwegen für nöthig erachtet, weil die Gesetzbücher der nicht katholischen Religions-Verwandten und ihre Schriftsteller in Bestimmung derselben sehr von einander abweichen, und die Oesterreichischen Richter bey ihren Erkenntnissen über Ehetrennungen in den Ausspruchen der Gesetze und in den Lehren der Schriftsteller dieser Religions-Genossen keinen sichern Anhaltspunct zur Verwaltung eines gleichförmigen Rechtes gefunden haben würden. Diese Absicht aber hätte er nicht erreicht, er hätte ihr vielmehr selbst entgegen gehandelt, wenn es seine Meinung gewesen wäre, die im §. 115 vorkommenden Trennungsgründe nur als Beyspiele aufzustellen, und nicht für solche zu erklären, die allein mit Ausschluß aller andern gültig seyn sollten. Nach dem bürgerl. Gesetzbuche Kaiser Josephs II. §§. 104—107 waren wiederhohlte schwere Mißhandlungen, bloß der Gesundheit gefährliche Nachstellungen, und Verbrechen, welche die Verurtheilung zu einer wenigstens fünfjährigen Kerkerstrafe nach sich gezogen haben, keine zur Ehetrennung berechtigenden Ursachen. Das neue bürgerl Gesetzbuch hat sie als solche aufgenommen, und dadurch hinlänglich gezeigt, daß es die für nöthig gefundenen Erweiterungen zu machen keineswegs vergaß. Wären ihm noch andere als nöthig erschienen, so würde es nicht unterlassen haben, auch dieselben zu machen.

§. 241.

Sie lassen keine ausdehnende Erklärung zu.

Ungefähr eben diese Gründe streiten auch gegen eine ausdehnende Erklärung der im §. 115 nahmhaft gemachten Ehetrennungsursachen. Es ist zwar keinem Zweifel unterworfen, daß alle Fälle, die sich unter die richtig verstandenen Trennungsursachen dieses Paragraphs gehörig subsumiren lassen, d. i. die als Arten (species) in dem Gattungsbegriffe derselben enthalten sind, ebenfalls als Trennungsursachen betrachtet werden müssen, obschon sie nicht wörtlich in dem Paragraph verzeichnet sind; aber es läßt sich nicht behaupten, daß auch Fälle, die zu einer andern Gattung gehören, und keine Subsumtion unter die im gedachten Paragraphe ange-

Digitized by Google

führten gestatten, bloß deßwegen den letztern angereihet werden können, weil ein oder das andere Motiv, aus welchem diese im §. 115 als Trennungsursachen aufgestellt worden sind, auch bey jenen eintrifft oder einzutreffen scheint. Wenn man den §. 111 des a. b. G. B. mit dem ersten Satze des §. 115 und den letzten Satz eben dieses Paragraphs mit dem §. 99 vergleicht, so stellt sich die Unauflösbarkeit einer gültig geschlossenen Ehe als eine durch das bürgerl. Gesetzbuch festgesetzte Regel dar; die im §. 115 ausgedrückten Trennungsgründe aber erscheinen als Ausnahmen von dieser Regel, und lassen daher als solche keine ausdehnende Erklärung zu. Wer wird z. B. wohl behaupten, daß den Fällen des §. 367, in welchem gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache keine Eigenthumsklage gestattet wird, wegen Gleichheit des Grundes noch andere angefüget werden dürfen? Wenn ein Gesetz die Fälle bestimmt ausdrückt, in welchen ein Geschäft, dessen Unauflösbarkeit das öffentliche Wohl fordert, aus besondern Rücksichten einer Auflösung unterliegen könnte, so würde derjenige, der die Zahl dieser Fälle durch sein Raisonement vermehren wollte, einerseits sich der Gefahr aussetzen, das öffentliche Wohl zu untergraben, andererseits aber sich anmaßen, den bestimmten Willen des Gesetzgebers durch seine ausdehnende Interpretation unbestimmt zu machen. Das bürgerl. Gesetzbuch verordnet §. 919 im Allgemeinen, daß, wenn ein Theil den Vertrag entweder gar nicht, oder nicht auf die bedungene Weise erfüllet, der andere Theil, außer den im Gesetze bestimmten Fällen oder außer einem ausdrücklichen Vorbehalte, nicht berechtiget sey, die Aufhebung, sondern nur die genaue Erfüllung des Vertrags und Ersatz zu fordern. Wendet man diesen allgemeinen Grundsatz auf den Ehevertrag an, so ergibt sich das Resultat, daß, wenn ein Ehegatte die durch den Ehevertrag übernommenen Verbindlichkeiten nicht erfüllet, der andere die Trennung der Ehe nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen verlangen könne; denn ein ausdrücklicher Vorbehalt, daß man berechtiget seyn wolle, aus einer willkührlich festgesetzten Ursache die Ehe zu trennen, ist nach §. 878 ohne alle Rechtskraft. Findet aber außer den vom Gesetze bestimmten Fällen keine Trennung der Ehe Statt, so stehet es nicht in der Macht des Auslegers, noch andere Fälle, als die das Gesetz für Trennungsursa-

Digitized by Google

chen erklärt, wegen Zutreffen eines gleichen Grundes als solche aufzustellen. Hätte der Gesetzgeber eine Ausdehnung gestatten wollen, so wäre es nicht nöthig gewesen, die meisten Trennungsgründe, die schon im §. 109 als Scheidungsgründe vorgekommen sind, im §. 115 nahmentlich zu wiederhohlen, sondern es hätte genüget, im letztern Paragraph auf den erstern hinzuweisen.

§. 242.

Uebergang zur Erläuterung der einzelnen Trennungsgründe.

Nach Feststellung des Grundsatzes, daß die im §. 115 vorkommenden Trennungsursachen keine bloßen Beyspiele, sondern ausschließende und unausdehnbare Bestimmungen sind, wollen wir dieselben noch einmahl einzeln durchgehen, die Gründe, worauf sie beruhen, die wahre Bedeutung, in der sie zu nehmen sind, und die dazu gehörigen Erfordernisse untersuchen, und bey jeder zugleich bemerken, was allenfalls noch dahin gezogen werden könne, was nicht.

§. 243.

I. Ehebruch.

1. Ein nicht katholischer christlicher Ehegatte kann die Trennung der Ehe verlangen: 1) wenn sein Ehegatte sich des Ehebruches schuldig gemacht hat. Ehebruch in weiterer Bedeutung ist jede vorsetzliche Verletzung der von beyden Ehegatten durch den Ehevertrag übernommenen Verbindlichkeiten; in der engern Bedeutung aber die vollzogene fleischliche Vermischung eines Ehegatten mit einer Person des entgegengesetzten Geschlechtes, die nicht sein Ehegatte ist. Bloße Liebesverständnisse, gewechselte Küsse, verliebte Blicke oder sonst unzüchtige Genüsse mit fremden Personen des andern Geschlechts sind daher keine Ehebrüche in dem strengern Verstande. Es leuchtet in die Augen, daß der §. 115 von dem Ehebruche in der engern Bedeutung zu verstehen sey; denn andere wichtige Verletzungen der beyden Ehegatten gemeinschaftlichen Verbindlichkeiten, z. B. die boshafte Verlassung, Nachstellungen, schwere Mißhandlungen, werden daselbst als eigene Trennungsgründe aufgestellt, können daher unter dem Ehebruche nicht begriffen seyn.

Digitized by Google

2. Wenn eine Gesetzgebung sich einmahl bereit findet, Religions-Verwandten, die nach der dogmatischen Lehre ihrer Kirche die Trennung der Ehe aus wichtigen Ursachen für zulässig halten, kein Hinderniß in den Weg zu legen, daß sie ihre Ueberzeugung in vorkommenden Fällen auch in das Werk setzen, so handelt sie wohl am klügsten und consequentesten, wenn sie ihnen die Ehetrennung wegen Verletzung solcher, den Eheleuten gegen einander obliegenden, Verbindlichkeiten gestattet, die von ihr selbst unter die vorzüglichsten gemeinschaftlichen Pflichten der Ehegatten gerechnet werden. Nun erklärt der §. 90 des a. b. G. B., daß beyde Theile einander vor Allem zur ehelichen Treue verpflichtet sind. Diese wird aber durch den Ehebruch in engerer Bedeutung auf das gröbste verletzt. Somit erscheint der Ehebruch bey akatholischen christlichen Religions-Genossen allerdings als eine bestens gegründete Ursache der Ehetrennung. Die eheliche Gesellschaft ist durch Liebe gestiftet und auf diese gegründet. Begehet ein Ehegatte Ehebruch, so erklärt er durch die That selbst, daß er eine andere Person mehr liebe als seinen Gatten. Es fällt also die ganze Basis der ehelichen Verbindung weg, und die Ehe ist im Grunde zerstört. Warum sollte also ein Gesetzgeber nicht erlauben, daß die wirkliche Auflösung des Ehebandes auch vor Gericht geltend gemacht werde, wenn dieses den Religions-Begriffen der Kirche, zu der sich die Ehegatten bekennen, nicht entgegen ist?

3. Darauf kommt es bey diesem Trennungsgrunde nicht an, ob die fremde Person, mit welcher ein Ehegatte (gleichviel der Mann oder das Weib) sich fleischlich vergehet, verehelichet oder unverehelichet, folglich der Ehebruch ein einfacher oder ein doppelter sey. Das Gesetz unterscheidet zwischen diesen Fällen nicht. Jeder solche Beyschlaf ist ein Ehebruch, und enthält eine Verletzung der ehelichen Treue. Noch größer aber ist die Verletzung derselben, folglich noch dringender der Trennungsgrund, wenn der Ehebruch in einer Bigamie getrieben wird, weil dabey gewöhnlich auch die boshafte Verlassung des andern Ehegatten mit unterläuft, die schon für sich zur Trennung hinreicht.

4. Dagegen können die naturwidrige Befriedigung des Geschlechtstriebes unter den Ehegatten selbst, die Onanie, die Sodomiterey und Bestialität nicht zu den Trennungsursachen gezählt

Digitized by Google

werden. Denn so abscheulich auch diese Laster an sich sind, und so sehr sie die moralische Verworfenheit des Menschen beurkunden, so lassen sie sich doch nicht unter den Begriff des Ehebruches subsumiren, und eine ausdehnende Erklärung findet in dieser Materie nicht Statt. Auch scheinen sie von der erloschenen Liebe des schuldigen Ehegatten gegen den andern weder einen so zuverlässigen Beweis als der Ehebruch abzugeben, noch pflegen sie bey dem schuldlosen Ehegatten jene Gemüthskränkungen, jene Eifersucht und verzweiflungsvollen Gedanken hervorzubringen, zu deren Verhüthung die Gesetze den Ehebruch zu einem Trennungsgrunde machen. Doch können gewisse Arten der Unzucht gegen die Natur, wenn der schuldige Ehegatte wegen derselben zu einer fünfjährigen Kerkerstrafe verurtheilet wird, eine eigene, vom Ehebruch verschiedene, Trennungsursache werden.

5. Noch weniger kann der Uebertritt des einen Ehegatten zum Unglauben oder zur Ketzerey, den das canonische Recht als eine geistliche Fornication und als eine Ursache immerwährender Scheidung von Tisch und Bett darstellt, einige Gesetze der Akatholiken aber sogar als einen Trennungsgrund gelten lassen, als solcher nach dem Oesterreichischen Gesetzbuche betrachtet werden. Denn diese Verirrungen des Geistes haben mit der fleischlichen Vermischung so wenig Aehnliches, daß der §. 7 des a.b.G.B. bey denselben sogar dann keine Anwendung finden könnte, wenn bey den Trennungsursachen eine ausdehnende Interpretation zulässig wäre.

§. 244.

Erforderniße zu diesem Trennungsgrunde, und Ausnahmsfälle, in welchen der Ehebruch kein Trennungsgrund ist.

1. Damit der Ehebruch als Trennungsgrund gelte, ist erforderlich, daß derselbe dem Ehegatten zugerechnet werden könne. Das bürgerl. Gesetzbuch setzt dabey offenbar ein Verschulden voraus, indem es sagt: wenn der Ehegatte sich eines Ehebruches schuldig gemacht hat. Ist also die Frau genothzüchtiget worden, oder ist die fleischliche Vermischung des einen Ehegatten mit einer fremden Person aus einem entschuldbaren Irrthum, aus einer zufälligen Verwechselung, in voller Trunkenheit oder im Wahnsinn

erfolgt; so ist der andere Ehegatte nicht berechtiget, die Auflösung des Ehebandes zu fordern.

2. Aber selbst bey einer zurechenbaren Vermischung fällt die Klage auf Trennung der Ehe weg:

a) wenn der beleidigte Ehegatte dem schuldigen den Ehebruch verziehen hat; denn dadurch hat er sich des aus dem Ehebruche hervorgehenden Rechtes, die Ehetrennung zu verlangen, begeben, weil ohne die Begebung in der That keine Verzeihung geschehen wäre. Nur wird vorausgesetzt, daß nach der Verzeihung kein neuer Ehebruch begangen wird.

b) Wenn der gekränkte Ehegatte ungeachtet des ihm bekannt gewordenen Ehebruches die eheliche Beywohnung mit dem schuldigen fortgesetzt hat; denn dadurch hat er ihm stillschweigend den Ehebruch verziehen. Gegen eine Person, die man nichts mehr als Ehegatten zu erkennen entschlossen ist, soll man auch keine ehelichen Rechte mehr ausüben. Ueberdieß sind in dem Falle, wo wegen Ehebruchs die Trennung begehrt wird, vermöge §. 115 die für die Untersuchung und Beurtheilung einer ungültigen Ehe gegebenen Vorschriften zu beobachten. Zu diesen aber gehöret nach §. 96 auch, daß der Richter keiner Klage auf Ungültigerklärung der Ehe wegen eines Privat-Hindernisses Gehör geben darf, wenn der schuldlose Theil nach erlangter Kenntniß des Hindernisses die Ehe fortgesetzt hat. Das Nähmliche muß also auch in Ansehung der Trennung gelten, weil das Recht, diese zu verlangen, ebenfalls ein Privat-Recht ist.

c) Wenn ein Ehegatte dem andern Anlaß zum Ehebruche gegeben, d. i. ihn sich andern Preis zu geben genöthiget, beredet, oder wenigstens seine Einwilligung zu solchen Ausschweifungen des andern, oder gar zu dessen Schandgewerbe ertheilet hat. Einem Ehegatten, der den Ehebruch des andern selbst veranlaßt oder befördert, geschieht kein Unrecht, worüber er klagen könnte. Nach den Religions-Begriffen der akatholischen Christen ist es nur dem unschuldigen Ehegatten erlaubt, wegen Ehebruchs die Auflösung des Ehebandes zu verlangen. Unser bürgerliches Gesetzbuch wollte denselben in diesem Stücke keine größere Freyheit, als ihnen ihre Religion gestattet, einräumen. Aber könnte nicht etwa die Frau auf Trennung dringen, wenn der Mann sie zu bereden

Digitized by Google

sucht oder gar nöthiget, sich Andern hinzugeben? Ein Scheingrund, dieses zu behaupten, könnte daher genommen werden, daß ein solcher Mann sich als moralischer Urheber eines Ehebruches schuldig macht, und wenigstens die sowohl kirchlichen als bürgerlichen Gesetze der Griechen in einem solchen Falle der Frau die Befugniß zum Divortium einräumen. Allein wenn der Mann die Frau nur zu bereden oder zu nöthigen sucht, daß sie sich Andern zum Gebrauche überlasse, sie aber widersteht, so hat er sich noch nicht als moralischen Urheber eines Ehebruchs schuldig gemacht, sondern er hat nur einen Versuch gemacht, moralischer Urheber eines Ehebruches zu werden. Wenn man also auch annehmen wollte, daß der moralische Urheber eines Ehebruchs ebenfalls in der Vorschrift des §. 115 begriffen sey, so läßt sich doch nicht behaupten, daß die Anordnung dieses Paragraphs sogar denjenigen einschließe, der bloß versucht hat, moralischer Urheber eines Ehebruches zu werden. Es wäre dieses eine doppelte Ausdehnung des Gesetzes, welche in vorliegender Materie schwerlich von Jemanden gebilliget werden dürfte. Das Gesetz biethet der Frau gegen dergleichen Zumuthungen oder Nöthigungen des Mannes hinreichende Rechtsmittel an die Hand. Gesetzt aber, die Frau hätte dem Manne nachgegeben, und er wäre wirklich der moralische Urheber eines Ehebruches geworden, so wird doch auch die Frau nur höchst selten ganz außer Schuld seyn. Sobald aber auch auf sie die Schuld des Ehebruches fällt, so compensiren sich die paria delicta, und es findet von ihrer Seite eben so wenig eine Klage auf Trennung Statt, als wenig das Ansuchen um Ungültigerklärung einer Ehe wegen eines Privat-Hindernisses von Seite desjenigen Ehegatten Platz greift, welcher zwar mit diesem Ehehindernisse nicht behaftet ist, aber bey der Vermählung von demselben Kenntniß hat. Es ist immer eine ausdehnende Erklärung der Worte des Gesetzes, wenn man dieselben auch auf den moralischen Urheber des Ehebruches ziehen, und eine gewaltsam scheinende Verdrehung, wenn man dem physischen Ehebrecher gegen den moralischen ein Recht auf Ehetrennung einräumen will. Im Ehe-Patente vom Jahre 1783 §. 50, und in dem ersten Theile des Josephinischen bürgerl. Gesetzbuches III. Hauptstück §. 105 hieß es: wenn ein Ehegatte einen Ehebruch b e g a n g e n hat, welches Wort

offenbar nicht dahin gedeutet werden konnte, daß der Frau die Befugniß zur Ansuchung der Ehetrennung für den Fall bewilliget worden sey, wo der Mann moralischer Urheber des von ihr begangenen Ehebruches geworden ist. Man findet keine Spur, daß man in dem jetzigen allg. bürgerl. Gesetzbuche durch Aenderung des Ausdrucks auch den Sinn der Vorschrift zu ändern die Absicht hatte. Endlich würde man bey der Annahme der entgegengesetzten Meinung wegen der Verbindung, in welcher der Ehebruch mit einem Verbrechen des Ehegatten im nähmlichen Satze des §. 115 stehet, die widersinnige Folgerung zugeben müssen, daß in dem Falle, wo ein Ehegatte moralischer Urheber eines von dem andern Ehegatten begangenen Verbrechens ist, welches die Verurtheilung zu einer wenigstens fünfjährigen Kerkerstrafe nach sich gezogen hat, beyde Eheleute das Recht hätten, auf Trennung ihrer Ehe zu dringen. Somit würden Verbrechen Freybriefe zu Ehetrennungen werden. Uebrigens will man nicht läugnen, daß, wenn der Mann an seine Frau öfters das Ansinnen macht, oder sie sogar zu nöthigen versucht, daß sie sich Andern Preis gebe, dieses nach Umständen von Seite der Frau zu einem gesetzmäßigen Grunde, die Trennung der Ehe zu begehren, erwachsen könne; aber nicht wegen des Ehebruches, sondern wegen wiederhohlter schwerer Mißhandlungen; denn es läßt sich kaum in Abrede stellen, daß dergleichen Zumuthungen und Nöthigungen für eine ehrbare Frau nach Umständen sehr empfindliche Kränkungen ihrer Ehre, mithin schwere Mißhandlungen werden können.

d) Wenn beyde Ehegatten sich des Ehebruches schuldig gemacht haben. In einem solchen Falle tritt der Grundsatz ein: Paria delicta mutua compensatione dissolvuntur [1]. Ließe man im gegebenen Falle diesen Rechtsspruch nicht gelten, so würde das Gesetz selbst den unmoralischen Wünschen beyder Ehegatten entgegen kommen. Unser Gesetzbuch hat sich bey Festsetzung der Trennungsursachen nach den Religions-Grundsätzen der akatholischen Christen gerichtet. Diese fordern aber auf Seite desjenigen Ehegatten, der die Trennung begehrt, die Schuldlosigkeit, welche im gesetzten

1. L. 39. D. soluto matrim. cap. 4 et 5 X. de divort. cap. 6 et 7 X. de adult. et stupro.

Falle auf Seite weder des einen, noch des andern Ehegatten vorhanden ist. Ueberhaupt gelten bey Trennungen die Vorschriften für das Verfahren bey Untersuchung und Beurtheilung einer ungültigen Ehe. Auf die Ungültigkeit der Ehe aber kann wegen eines Privat-Hindernisses nicht gesprochen werden, wenn der klagende Theil sich nicht außer Schuld befindet, also auch nicht auf die Trennung der Ehe, wenn kein Theil schuldlos ist, es müßte denn der Fall eintreten, daß der Anfangs schuldlose Ehegatte dem andern den begangenen Ehebruch entweder ausdrücklich oder stillschweigend durch Fortsetzung der Beywohnung nach erlangter Kenntniß desselben verziehen, dann aber selbst sich eines Ehebruchs schuldig gemacht hätte. Hier scheint keine Compensation mehr Statt finden zu können, und der Theil, welcher zuerst ehebrecherisch geworden, könnte gegen den andern, der es später wurde, mit der Klage auf Trennung durchdringen.

3. Mit der letzten Ausnahme unter d sind jedoch nicht Alle[2] einverstanden. Sie sagen: 1) die Zulässigkeit des Trennungsgesuches gründe sich auf das Verschulden des andern Theiles, welches dadurch nicht aufgehoben wird, daß dem klagenden Theile ein Gleiches zur Last fällt. — Aber wenn die Verschulden beyder Ehegatten einander das Gleichgewicht halten, warum soll da eine Veränderung vor sich gehen? Nach §. 90 haben beyde Theile eine gleiche Verbindlichkeit zur anständigen Begegnung. Dieser Verbindlichkeit handelt der Ehegatte entgegen, der selbst Ehebrecher ist, und in der Absicht der Trennung des andern Ehebruch vor das Gericht bringt, obgleich dieser ein Gleiches zu thun unterläßt. 2) Der Grundsatz: Paria delicta mutua compensatione dissolvuntur, liege weder überhaupt in der Natur der Sache, noch sey derselbe in unserer Gesetzgebung ausdrücklich angenommen, denn wenn zwey wechselseitig einander bestehlen, seyen sie beyde Diebe, und müssen auch beyde deßwegen bestraft werden. — Allein sowohl das römische als das canonische Recht, denen man doch nachrühmt, daß sie ihre Entscheidungen aus der Natur der Sache schöpfen, stellen diesen Grundsatz eben in dem Falle des beyderseitigen Ehebruches ausdrücklich auf. Unsere Gesetzgebung erkennt denselben

[2] Siehe das Oesterr. bürgerl. Recht v. Jos. Winiwarter I. Th. S. 105.

freylich in soweit nicht an, als es sich um das öffentliche Recht der Bestrafung handelt. Daraus folgt aber nicht, daß es denselben verwirft, wo es bloß um Geltendmachung der Privatrechte, wie in unserem Falle, zu thun ist. Die Worte des §. 1438 des b. G. B. scheinen der Anwendung desselben bey Privat-Rechten nicht entgegen zu seyn. Das Gleichniß von Dieben paßt auf den Fall ehebrecherischer Eheleute nicht. Hier würde nur der auf Trennung geklagte, nicht aber der darauf klagende Theil bestraft. 3) Aus dem §. 96 ließe sich die Unzulässigkeit der Trennungsklage im Falle des beyderseitigen Ehebruchs nicht beweisen; denn dieser §. sage nur aus, daß der die Gültigkeit der Ehe zu bestreiten berechtigte Theil nicht selbst an dem Ehehinderniße, wegen dessen er die Ehe bestreiten will, schuldig seyn darf, weil sonst seine eigene widerrechtliche Handlung der Grund des Bestreitungsrechtes wäre; dieser Grund tritt aber nicht ein, wenn ein Theil wegen des Ehebruches des andern die Trennung ansucht, ungeachtet er selbst eines solchen schuldig ist. — Hierauf läßt sich erwiedern: Wenn zwey Brautpersonen auf verschiedene Art Schuld tragen, daß ein Ehehinderniß, welches ihre Ehe ungültig macht, eingetreten ist, z. B. der minderjährige Theil durch fälschliche Vorwendung der ihm erforderlichen Einwilligung, der großjährige durch bloßes Wissen der dem andern Theile mangelnden Einwilligung seines Vertreters, so kann doch keine von beyden die Ungültigerklärung der Ehe verlangen. Da nun die Natur der Trennungsursachen es mit sich bringt, daß sie nicht aus eigenen, sondern des andern Theiles widerrechtlichen Handlungen entspringen, und da die Gesetze selbst uns die Weisung geben, daß die Vorschriften über die Ungültigerklärung auch bey der Trennung anzuwenden sind, so muß man analogisch behaupten, daß, wenn aus Verschulden der Ehegatten der nähmliche Trennungsgrund, in unserem Falle des Ehebruches, der nicht einmahl mit eben derselben Person von beyden Theilen begangen werden kann, bey beyden eingetreten ist, kein Theil das Recht habe, die Trennung der Ehe zu fordern. Denn Niemand kann sich zu seinem Vortheile auf ein Gesetz berufen, welches er eben so gut wie der andere, zu dessen Nachtheil er dasselbe angewendet wissen will, übertreten hat. Si duo dolo malo fecerunt,

Digitized by Google

invicem de dolo non agent, sagt L. 36 D. (IV. 3) de dolo malo, womit eine Menge anderer Gesetze [1] übereinstimmen.

4) Wenn hingegen der eine Ehegatte des Ehebruchs, der andere eines davon verschiedenen Trennungsgrundes, z. B. der Nachstellungen, sich schuldig gemacht hat, so kann jeder auf Trennung antragen. Denn hier sind keine paria, sondern diversa delicta, die sich nicht gegen einander aufheben. Kein Theil ist zwar schuldlos, aber es haben doch beyde Theile nicht Schuld an dem nähmlichen Trennungsgrunde, und doch scheint die beyderseitige Schuld an eben demselben Trennungsgrunde zur Ausschließung der Trennungsklage eben so erforderlich zu seyn, als zur Ausschließung der Klage auf Ungültigerklärung der Ehe die beyden Theilen zur Last fallende Wissenschaft des nähmlichen Ehehindernisses bey Schließung der Ehe. Zudem ist von der Fortdauer einer Ehe, in welcher die eheliche Treue von beyden Theilen auf so verschiedene Art verletzt wird, ohnehin nichts Gutes zu hoffen. Endlich erhellet aus dem §. 1264 des a. b. G. B., daß eine Scheidung von Tisch und Bett vom Richter auch dann, wenn beyde Theile daran Schuld tragen, ausgesprochen, mithin auch von den Parteyen begehret werden könne. Daraus läßt sich analogisch schließen, daß auch die Trennung der Ehe verlangt werden könne, wenn gleich beyden Theilen ein gesetzlicher, jedoch jedem ein verschiedener Trennungsgrund zur Last liegt. Schon das Galizische bürgerliche Gesetzbuch hat einen solchen analogischen Schluß von der Scheidung von Tisch und Bett auf die Trennung der Ehe an die Hand gegeben, da es I. Theil §. 109 ausdrücklich verordnete, daß die Gründe, welche einen katholischen Einwohner zur Scheidung von Tisch und Bett berechtigen, bey andern Religions-Verwandten zur gänzlichen Auflösung des Ehebandes hinreichend seyen. Noch mehr aber wird oben gemachter Schluß aus der Analogie durch das Hofkanzley-Decret vom 22. Julius 1819 gerechtfertiget, welches §. 13 erklärt, daß die darin für das Verfahren bey Scheidungen von Tisch und Bett gegebenen Vorschriften auch in Fällen einer angesuchten

[1] L. 4 §. 13 D. (XLIV. 4) de dol. mal. et met. except. L. 3 §. 3 D. (II. 10) de eo, per quem factum erit. L. 57 §. 3 D. (XVIII. 1) de contrah. emt.

Digitized by Google

Trennung der Ehe anwendbar sind. Noch ist zu bemerken, daß in Fällen, wo beyden Ehegatten verschiedene Trennungsgründe zu Gebothe stehen, doch gewöhnlich nur ein Theil auf Trennung klagt, und den für ihn streitenden Grund anführt; der geklagte Theil aber den Grund, welchen er für sich hat, nur als Recrimination anbringt, auf deren Beweis der Richter nicht dringt, wenn der Geklagte davon keinen Gebrauch zum Zwecke der Ehetrennung macht. Dann ist es rechtlich eben so viel, als wenn auf Seite des geklagten Ehegatten gar kein Grund vorhanden wäre.

5. Uebrigens muß 2. vermöge der letzten Anordnung des §. 115, verbunden mit dem zweyten Satze des §. 99, der Ehebruch auch vollständig bewiesen seyn, um die Trennung durch richterliches Urtheil herbey zu führen. Ein bloß vermutheter Ehebruch ist daher nach unserem Gesetzbuche nicht hinreichend, wenn auch die Vermuthung auf noch so nahen und dringenden Anzeigen beruhet. Denn unsere Gesetze bestimmen nirgends, daß aus gewissen Anzeigungen eine rechtliche Vermuthung des Ehebruches hervorgehen soll. So gegründet also manche Vermuthung an sich seyn mag, so macht sie doch keinen Beweis des Ehebruches aus, weil nach §. 105 der allg. Gerichtsordnung Vermuthungen, welchen durch das Gesetz insbesondere keine Kraft beygelegt wird, für keinen Beweis anzusehen sind. Daher gilt bey uns keine einzige von denjenigen Handlungen als Trennungsgrund, welche von den griechischen Gesetzen als causae repudii oder divortii deßwegen angesehen werden, weil sie einen starken Verdacht des Ehebruches erregen, nähmlich wenn die Frau mit fremden Männern schmauset, zecht oder badet; wenn sie wider Willen ihres Mannes die Nacht außer dem Hause zubringt; wenn sie ohne Wissen oder gegen das Verboth des Mannes Theater, Ampitheater oder Spiele des Circus besucht; wenn sie auf Jagden oder zu einem Manne ins Haus geht, mit welchem ihr Gemahl in Feindschaft lebt; wenn sie bey Lebzeiten ihres Mannes mit einem anderen Heiraths-Tractate pflegt; wenn der Mann in oder außer dem Hause verdächtige Weibsbilder unterhält ꝛc. Schwierig ist der Beweis des Ehebruches allerdings; aber daß dem schuldlosen Ehegatten kein anderes Beweismittel erübrige, als die Untersuchung wegen der schweren Polizey-Uebertretung des Ehebruches zu begehren, und dann das von dem politischen

Richter geschöpfte Erkenntniß dem Trennungsgesuche beyzulegen, ist doch zu viel gesagt. Es kann der Ehebruch durch einen entdeckten Briefwechsel, oder durch zufällig hinzugekommene oder zum Auflauern bestellte Zeugen, oder durch das Geständniß mehrerer desselben Mitschuldigen erwiesen werden.

§. 245.

II. Verurtheilung zu einer wenigstens fünfjährigen Kerkerstrafe.

1. Eine Trennung der Ehe zwischen nicht katholischen christlichen Religions-Verwandten findet ferner Statt 2.: wenn der Ehegatte sich eines Verbrechens, welches die Verurtheilung zu einer wenigstens fünfjährigen Kerkerstrafe nach sich gezogen, schuldig gemacht hat. Ein solcher Verbrecher hat sich selbst auf lange Zeit außer Stand gesetzt, die ihm nach §. 44 und 90 des a. b. G. B. obliegenden Verbindlichkeiten zum gegenseitigen Beystande, und zur Leistung der ehelichen Pflicht zu erfüllen. Er wußte, daß auf den Fall des begangenen Verbrechens ihm die Wanderung in das Strafhaus bevorstehe, wohin ihm der unschuldige Gatte nicht folgen dürfe. Nichts destoweniger hat er das Verbrechen vollbracht, und sich dadurch vorsetzlich die Unmöglichkeit zugezogen, seinen Verbindlichkeiten gegen den anderen Ehegatten nachzukommen. Es ist daher keineswegs unbillig, daß nun dem letztern, in so fern ihm seine Religions-Begriffe nicht im Wege stehen, gestattet werde, von dem Ehevertrage abzugehen, dessen Erfüllung auf lange Zeit, vielleicht auf immer, unthunlich geworden. Wäre das Verbrechen vor geschlossener Ehe begangen worden, und hätte es noch vor derselben die Verurtheilung zu einer schweren, wiewohl nicht fünfjährigen Kerkerstrafe nach sich gezogen, so könnte selbst ein katholischer Ehegatte, der ohne sein Wissen mit dem Verbrecher die Ehe eingegangen, die Ungültigerklärung derselben fordern. Warum sollte also ein akatholischer Ehegatte, dem seine Religions-Begriffe die Trennung einer schon geschlossenen Ehe erlauben, diese zu verlangen nicht berechtiget seyn, wenn der andere Theil ein Verbrechen begangen, und deßwegen zu einer fünfjährigen oder noch längern Kerkerstrafe verurtheilet worden ist? Ungezwei-

felt wollte, das Gesetz durch Aufstellung dieses Trennungsgrundes dem unschuldigen Ehegatten auch die einer ehrbaren Person unausstehliche Schande, und daraus entspringende Gemüthskränkung ersparen, mit einem durch das Verbrechen und die Strafe gebrandmarkten Menschen in engster Verbindung leben zu müssen.

2. Damit dieser Trennungsgrund eintrete, muß a) der Ehegatte eines Verbrechens wegen in die Untersuchung gerathen seyn. Auf die Gattung des Verbrechens kommt es nicht an, wenn dasselbe nur eine längere Strafdauer zuläßt. Eine schwere Polizey-Uebertretung, oder die Uebertretung eines politischen, oder Finanzgesetzes reicht nicht hin.

b) Muß er durch Urtheil für schuldig erklärt worden seyn. Dieses bringt der gesetzliche Ausdruck: Verurtheilung mit sich. Wäre er nach gepflogener Untersuchung losgesprochen, oder diese aus Abgang der Beweise aufgehoben worden, so würde kein Anspruch auf Trennung vorhanden seyn. Das verdammende Urtheil darf jedoch keiner weitern Entscheidung unterliegen; sonst könnte es keine wirkliche, rechtskräftige Verurtheilung genannt werden. Wäre also gegen das verdammende Urtheil der Recurs ergriffen, oder müßte dasselbe vor der Kundmachung von Amtswegen entweder dem Criminal-Obergerichte oder gar dem obersten Gerichtshofe vorgelegt werden, so könnte vor Erledigung des Recurses oder vor erfolgter höhern Entscheidung kein Trennungsgesuch angebracht werden. Da letzteres immer durch Beylegung des condemnatorischen Urtheils unterstützt seyn muß, so versteht es sich von selbst, daß das Urtheil auch bereits angekündigt worden seyn müsse, weil vorher keine Abschrift desselben zu erhalten wäre. Uebrigens ist es gleichgültig, ob das Urtheil von einem in- oder ausländischen Gerichte gefällt ist; denn das Gesetz unterscheidet diese Fälle nicht, und in beyden Fällen treffen die Gründe des Gesetzes ein. Nur muß das von einem auswärtigen Criminal-Gerichte bestrafte Verbrechen auch nach unseren Strafgesetzen ein Verbrechen seyn.

c) Das schuldig erkennende Urtheil muß auf eine wenigstens fünfjährige Kerkerstrafe ausgefallen seyn. An dem Grade der Kerkerstrafe liegt nichts. Es ist einerley, ob dem Ehegatten ein-

Digitized by Google

facher, schwerer oder schwerster Kerker zuerkannt worden. Die Ursache davon liegt darin, daß die Rechte des andern Ehegatten weit mehr gefährdet sind, wenn der Verurtheilte durch eine längere Zeit außer Stand ist, die ehelichen Pflichten zu erfüllen, als wenn er eine schwerere Strafe, aber auf kürzere Zeit zu leiden hat. Auch fordert das Gesetz nicht, daß die Kerkerstrafe bereits begonnen habe, d. i. daß der Verurtheilte bereits in das Strafhaus abgeführt worden sey. Es verlangt nur, daß das Verbrechen die Verurtheilung zur Kerkerstrafe, nicht aber auch, daß es die Kerkerstrafe selbst nach sich gezogen habe. Daher fände das Gesuch um Ehetrennung ohne Zweifel Statt, wenn auch der verbrecherische Ehegatte flüchtig geworden, und nach fruchtloser Vorladung durch Edicte nur in contumaciam zu einer Kerkerstrafe von der vorgeschriebenen Dauer verurtheilet worden wäre. Eben so wäre das Recht, die Ehetrennung zu begehren immer noch begründet, wenn auch der Ehegatte nach der Verurtheilung begnadiget würde, und zwar um so mehr, als die Begnadigung an den Privat-Rechten des schuldlosen Theiles nichts ändern kann. Die Unmöglichkeit, die eheliche Pflicht und den gegenseitigen Beystand zu leisten, fiele zwar in einem solchen Falle weg; aber die Schande und das kränkende Gefühl, mit einer so berüchtigten Person in der innigsten Verbindung bleiben zu müssen, wäre noch immer ein wichtiger Grund, auch in diesem Falle dem schuldlosen Ehegatten die Trennung nicht zu versagen. Aus eben diesem Grunde müßte der unschuldige Ehegatte mit seinem Trennungsgesuche auch dann noch gehört werden, wenn der Verurtheilte die Kerkerstrafe bereits ganz überstanden hätte, oder ihm die noch nicht ausgestandene Hälfte derselben erlassen worden wäre. Zwar soll dem Verbrecher vermöge §. 204 und 205 des I. Theils des Strafgesetzbuches nach ausgestandener oder nachgesehener Strafe über das Vergangene von Niemanden ein Vorwurf gemacht werden; aber dieses geht offenbar nur dahin, daß von dem Verbrechen und der Strafe kein Vorwurf hergenommen werden darf, in der Absicht ihn zu schmähen; keineswegs aber auch dahin, daß Niemand befugt seyn sollte, das von einer Person begangene Verbrechen und die erfolgte Verurtheilung zur Strafe vor Gericht anzuführen, wenn es sich darum handelt, ein davon abhängiges Recht geltend zu machen. Sonst

Digitized by Google

müßte man behaupten, daß nach überstandener Strafe oder erhaltener Begnadigung eine Erwähnung des begangenen Verbrechens vor Gericht auch zu dem Ende nicht geschehen dürfe, um wegen desselben Schadenersatz zu erhalten.

3. Wäre ein Ehegatte zu einem die erforderliche Dauer habenden Kerkerstrafe verurtheilet, aber nach wieder aufgenommener Untersuchung für schuldlos erklärt worden, so konnte von dieser Zeit an der andere Ehegatte keine Trennung mehr verlangen, weil durch das zweyte Urtheil das erste ganz aufgehoben, mithin es eben so viel wäre, als ob eine Verurtheilung zur Kerkerstrafe niemahls Statt gefunden hätte. Würde aber in dem Zeitraume zwischen dem ersten verdammenden und dem zweyten losprechenden Criminal-Urtheile von dem andern Ehegatten die Trennung bereits bewirkt, und eine neue Ehe geschlossen worden seyn, so könnte diese nicht mehr aufgelöset werden, um die vorige wieder herzustellen; denn der andere Ehegatte war in der Zwischenzeit durch ein rechtskräftiges Civil-Urtheil, welches nicht einmahl durch das zweyte Criminal-Erkenntniß seine Kraft verlor, gerichtlich getrennt worden; er konnte also eine zweyte Ehe gültig schließen, und eine gültig geschlossene Ehe kann nur aus einem im §. 115 angeführten Grunde getrennt werden. Ein solcher Grund aber ist im gegenwärtigen Falle nicht vorhanden.

4. Zwey Recensenten [1] haben sich gegen diese Meinung erhoben und behauptet, daß in dem gegebenen Falle die Gültigkeit der zweyten Ehe nicht nur bestritten werden könne, sondern daß sogar von Amtswegen wegen Ungültigerklärung derselben verfahren werden müsse; denn in diesem Falle sey von keiner Trennung, sondern nur von einer Ungültigerklärung der zweyten Ehe die Rede. Ich weiß nicht, ob sie mich nicht verstanden haben oder ob ich sie nicht verstehe. Ich finde daher nöthig, mich in einem Beyspiele umständlicher und vielleicht deutlicher zu erklären. Der Mann A kam durch einen unglücklichen Zusammenfluß von Umständen in den Verdacht eines begangenen Verbrechens, wurde desselben

[1] Im Notizen-Blatt der vom Professor Wagner herausgegebenen Zeitschrift vom Jahre 1826, I. Heft S. 9, und vom Jahre 1832, I. Heft S. 14.

Digitized by Google

durch Criminal-Urtheil für schuldig erkannt, und zu einer sechsjährigen Kerkerstrafe verurtheilt. Seine Frau B suchte hierüber bey dem zuständigen Landrechte die Trennung der Ehe an, und erwirkte dieselbe durch ein rechtskräftiges Civil-Urtheil. Nach der Zeit verehelichte sie sich mit einem andern Akatholiken C, dem an der erfolgten Trennung der ersten Ehe gar kein Verschulden zur Last lag. An der ursprünglichen Gültigkeit der von der getrennten B mit dem C geschlossenen Ehe kann nicht gezweifelt werden; denn die B war von ihrem ersten Manne A durch ein rechtskräftig gewordenes, also gültiges Urtheil des competenten Gerichtes getrennt worden; einem gültig getrennten Ehegatten aber ist durch den §. 119 gestattet, sich mit einer andern Person wieder zu verehelichen, und die neue Ehe ist gültig, wenn derselben kein Ehehinderniß entgegen steht, welches hier nach der Voraussetzung der Fall ist. Nehmen wir weiter an, später kommen Beweise hervor, daß A das Verbrechen nicht begangen habe, dessen er schuldig erkannt worden ist; auf dieselben gestützt, begehre er die Wiederaufnahme der Untersuchung, und bewirke die Aufhebung des ersten verdammenden Criminal-Urtheiles durch ein zweytes, das ihn lossprícht. Was ist die Folge davon? Nichts anders, als daß er die Freyheit und andere ihm nach §. 23 des Strafgesetzbuches 1. Theil entzogenen Rechte wieder erhält. Auf das Civil-Urtheil nimmt das zweyte Criminal-Urtheil keinen Einfluß, dasselbe behält noch seine Kraft, die dadurch ausgesprochene Trennung der zwischen dem A und der B bestandenen Ehe bleibt noch aufrecht, und die in Folge dieser vorgegangenen Trennung geschlossene Ehe der B mit dem C noch gültig. Es muß also offenbar, wenn von einer Herstellung der ersten Ehe die Frage seyn sollte, auch eine Aufhebung des auf Trennung derselben ergangenen Civil-Urtheiles erwirkt werden. Wer soll aber die Restitution gegen das Trennungsurtheil ansuchen, der vorige Ehegatte A oder der Fiscus? Der eine Recensent macht Meldung von dem Ansuchen des vorigen Ehegatten, der andere sagt darüber nichts, scheint aber, weil er eines Verfahrens von Amtswegen erwähnt, für das Ansuchen des Fiscus zu seyn; an diesen muß sich aber auch der erste Recensent halten, wenn es dem vorigen Ehegatten A um die Aufhebung des Trennungsurtheiles und Wiederherstellung der getrennten Ehe nicht

zu thun ist. Es mag aber der vorige Ehemann oder der Fiscus als Restitutionswerber bey dem Landrechte auftreten, so kann er mit dem Restitutions-Gesuche nicht zugleich das Gesuch um Ungültigerklärung der zweyten Ehe der B mit dem C verbinden, denn die Ungültigerklärung setzt eine ursprünglich ungültig geschlossene Ehe voraus; die zweyte Ehe der B mit dem C ist aber, wie bereits gezeigt worden, gültig geschlossen worden, und ihre fortwährende Gültigkeit bis zur erfolgten Restitution gegen das Trennungsurtheil kann nicht im geringsten zweifelhaft seyn. Aber auch nachdem das Trennungsurtheil im Restitutionswege aufgehoben worden, kann die Ungültigerklärung der zweyten Ehe nicht begehrt werden, weil es noch immer wahr ist, daß die zweyte Ehe gültig eingegangen worden ist. Um die Ungültigerklärung dieser Ehe zu bewirken, müßte bewiesen werden, daß zur Zeit, als sie geschlossen wurde, ihrer Gültigkeit ein Ehehinderniß entgegen stand. Welches? Man kann sich nach der Voraussetzung kein anderes denken, als etwa das Hinderniß des noch bestehenden Ehebandes mit dem A. Allein dieses Eheband ist ja durch das rechtskräftige Trennungsurtheil gültig aufgelöset worden. Es bestand also zur Zeit der Schließung der zweyten Ehe nicht. Man wird zwar dagegen sagen, nach der im Restitutionswege erfolgten Aufhebung des Trennungsurtheiles sey es eben so viel, als wenn die Trennung niemahls vor sich gegangen wäre, mithin werde angenommen, daß das vorige Eheband zwischen A und B immerfort bestanden habe, folglich daß die zweyte Ehe der B mit dem C mit dem Hindernisse des noch bestehenden Ehebandes geschlossen worden sey und daher wegen desselben für ungültig erklärt werden könne. Allein diese Wirkung der gegen das Trennungsurtheil erlangten Restitution ist im Grunde doch nur eine gesetzliche Fiction, also das Bestehen des Ehebandes zwischen A und B zur Zeit der zwischen der B und dem C geschlossenen zweyten Ehe ebenfalls nur fingirt. Kann aber wohl ein fingirtes Hinderniß des bestehenden Ehebandes zur Zeit der Schließung der zweyten Ehe einen Grund abgeben, dieselbe für ungültig zu erklären? Eine solche Fiction würde die Ungereimtheit zur Folge haben, daß die B zu gleicher Zeit mit zwey Männern A und C gültig vermählt war. Nach dem Hofdecrete vom 8. Januar 1795 lit. b, Nr. 213 der

J. G. S. können die im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher wohl erworbenen Rechte eines dritten redlichen Besitzers durch die Restitution keine nachtheilige Veränderung erleiden. Auch die Pfarrbücher sind eine Art öffentlicher Bücher, in welchen nach §. 122 des b. G. B. die von dem Gerichte vorgenommenen Ehetrennungen vorgemerkt werden müssen. Wer also eine Weibsperson, die in dem Pfarrbuche als eine durch rechtskräftiges Urtheil von ihrem vorigen Manne getrennte Person erscheint, geehelichet, hat im Vertrauen auf ein öffentliches Buch die Rechte eines Ehemannes auf dieselbe redlicher Weise erworben, und ist im Besitze derselben. Wie kann er daher durch eine Wiedereinsetzung, die der vorige Mann oder der Fiscus gegen das Trennungsurtheil erwirbt, seine wohl erworbenen ehelichen Rechte verlieren? Hätte die Restitution gegen das Trennungsurtheil diese Wirkung, so könnte Niemand mit Sicherheit eine getrennte Person heirathen. Auch scheint das öffentliche Interesse die Wiederherstellung der ersten Ehe nicht zu fordern. Der Fortbestand der zweyten Ehe erregt kein öffentliches Aufsehen oder Aergerniß; vielmehr wäre ein solches aus der Ungültigerklärung der zweyten und Herstellung der ersten zu befürchten. Auch die Moralität wäre dadurch mehr gefährdet, als durch das Fortbestehen der zweyten Ehe, indem die getrennte Frau durch die angesuchte Trennung der vorigen und Eingehung einer neuen Ehe deutlich gezeigt hat, daß ihr der zweyte Mann lieber als der erste sey.

5. Die Gegner unterstützen ihre abweichende Meinung noch durch die Analogie des §. 278, nach welcher die Ehe, welche ein zurückgebliebener Ehegatte nach erwirkter Todeserklärung des Verschollenen mit einer zweyten Person schloß, nach Erscheinung des für todt Erklärten für ungültig erkannt werden muß, ungeachtet auch hier ein Erkenntniß, das die frühere Ehe für getrennt erklärte, vorausging. Warum sollte dieses nicht auch in dem Falle gelten, in welchem eine Ehe durch richterliches Urtheil getrennt, aber nachher im Wege der Restitution dieses Trennungsurtheil wieder aufgehoben worden ist, weil durch neu vorgefundene Beweismittel dargethan wurde, daß dem ergangenen Trennungsurtheile keine wahre Trennungsursache zum Grunde lag? Der §. 278 redet zwar nur davon, daß das Vermögen, welches auf den Grund

der gerichtlichen Todeserklärung eines Verschollenen ein Anderer in Besitz genommen hat, nach zu Stande gekommenem Beweise, daß der Verschollene noch lebe, von dem redlichen Besitzer zurückgestellt werden müsse. Allein ich habe selbst im §. 212 diese Anordnung analogisch auf die Personenrechte zweyer Ehegatten, deren einer auf Ansuchen des andern für todt erklärt worden ist, bezogen und eine Ungültigerklärung der von dem zurückgebliebenen Ehegatten des für todt Erklärten eingegangenen Ehe nach Wiedererscheinung des letztern zugelassen. Aber bedenklich scheint es mir noch weiter zu gehen und auf den analogischen Schluß von den Vermögensrechten auf die Personenrechte einen neuen Schluß nach der Analogie, nähmlich von den Personenrechten bey der Todeserklärung auf die Personenrechte bey der Trennung der Ehe durch richterliches Urtheil zu ziehen. Der Unterschied zwischen diesen beyden richterlichen Erkenntnissen ist zu groß. Bey der Todeserklärung trennt der Richter nicht das Eheband durch seine Macht, sondern erklärt nur, daß dasselbe durch den Tod des verschollenen Ehegatten aufgelöset worden sey. Kommt nun der Verschollene als lebend zum Vorschein, so ist die richterliche Erklärung unwahr, an und für sich nichtig, das Eheband zwischen dem verschollenen und dem zurückgebliebenen Ehegatten erscheint noch als bestehend, folglich die Wiederverehelichung des letztern, als mit einem Hindernisse eingegangen, mithin als ungültig, und kann nöthigen Falles als ungültig erklärt werden. Bey der Trennung hingegen löset der Richter durch sein Erkenntniß das Eheband bey Lebzeiten beyder Ehegatten wirklich auf, wenn das Vorhandenseyn eines Grundes erwiesen wird, aus welchem ihm das Gesetz die Macht dieses zu thun gestattet, das aufgelöste Eheband besteht zwischen den vorigen Ehegatten nicht mehr. Wenn ein getrennter Ehegatte jetzt eine neue Ehe schließt, so ist diese ohne Ehehinderniß eingegangen, mithin gültig. Wie in der Folge der Richter sein Trennungs-Erkenntniß wegen neu vorgekommener Beweise über die Unrichtigkeit des Trennungsgrundes mit der Wirkung wieder aufheben könnte, daß eine Ungültigerklärung der zweyten Ehe erfolgen, und dem neuen Gatten des getrennten Theiles die redlicher Weise erworbenen ehelichen Rechte wieder genommen werden könnten, ist mir nicht wohl be-

Digitized by Google

greiflich. Ich berufe mich dießfalls auf die schon oben angeführten Gründe.

6. Wenn hingegen der andere Ehegatte vor dem zweyten losſprechenden Criminal-Urtheile zwar schon getrennt wäre, aber noch keine neue Ehe eingegangen hätte, ſo scheint es, daß die geſchehene Trennung umgeſtoßen werden könne. Denn der durch das zweyte Criminal-Urtheil losgeſprochene Ehegatte kann gegen das Civil-Urtheil, wodurch auf Trennung erkannt worden, nach dem §. 572 der Gerichtsordnung die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand aus dem Grunde anſuchen, daß er neue Beweismittel, die er vorher nicht finden konnte, gefunden habe. Dieſe neuen Beweismittel kann er ſehr leicht dadurch geltend machen, daß er dem Reſtitutions-Geſuche das zweyte losſprechende Criminal-Urtheil beylegt [1]. In dieſem Falle iſt noch res integra. Daher kann auch die Wiedereinſetzung gegen das Trennungs-Erkenntniß ihre volle Wirkung äußern und die Wiederherſtellung der vorigen Ehe zur Folge haben. Appellationsrath Nippel [2] zwar dagegen, er ſagt: Durch die Wiederaufnahme der Criminal-Unterſuchung habe

[1] In dem canoniſchen Rechte, welches keine eigentliche Trennung einer gültig geſchloſſenen Ehe zuläßt, iſt über den in der Frage begriffenen Fall keine directe Entſcheidung zu finden; man kann jedoch aus demſelben von den Erkenntniſſen über Ungültigkeit der Ehe einen analogiſchen Schluß auf Trennungsurtheile ziehen. Die gemeine und wahrſcheinlichſte Meinung iſt, daß nach dem canoniſchen Rechte, Urtheile über Ungültigkeit der Ehe nie in Rechtskraft erwachſen, ſondern wegen neu aufgefundener Beweismittel, die den Grund, worauf ſie gebauet waren, zerſtören, jeder Zeit beſtritten werden können, und die neuen Ehen, die in Folge ſolcher Urtheile geſchloſſen wurden, für ungültig erklärt, die erſten irrig annullirten Ehen aber wieder hergeſtellt werden müſſen. Cap. 7, 11 et 18 de sententia et re judicata. Cap. 9 de testib. cap. 5 et 6 de frigid. et malef. Bulla Benedicti XIV. Dei miseratione de 3. Nov. 1741 §. 11: Salvo semper et firmo remanente jure seu privilegio causarum matrimonialium, quae ob cujuscunque temporis lapsum nunquam transeunt in rem judicatam; sed si nova res, quae non deducta vel ignorata fuerit, detegatur, resumi possunt, et rursus in judicialem controversiam revocari.

[2] Erläuterung des a. b. G. B. II. Bd. S. 118.

sich zwar gezeigt, daß kein rechtmäßiger Grund der Trennung vorhanden war, sie sey aber dessen ungeachtet vor sich gegangen, und was geschehen ist, könne nicht ungeschehen gemacht werden. Die Wiedervereinigung getrennter Ehegatten werde nach §. 118 des b. G. B. als eine neue Ehe angesehen, und müsse mit allen zur Schließung eines Ehevertrages erforderlichen Feyerlichkeiten eingegangen werden; zu diesen gehöre aber auch die feyerliche Erklärung der Einwilligung, welche ohne Rechtskraft sey, wenn sie durch eine gegründete, sey es gerechte oder ungerechte, Furcht erzwungen worden ist (§. 55 des b. G. B.). Allein der erste Grund beweiset nichts, weil, wenn er richtig wäre, gar keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Statt finden könnte. Nicht viel erheblicher ist der zweyte Grund. Denn der §. 118 setzt Eheleute voraus, die sich bey einer noch in Kraft bestehenden Trennung freywillig wieder vereinigen wollen; in dem gegenwärtigen Falle aber ist die Rede von Eheleuten, deren Trennung gerichtlich wieder aufgehoben worden ist, und die sich daher wieder vereinigen müssen, wie diejenigen, deren Ehe wegen eines Ehehindernisses für ungültig erklärt worden ist, welches vermöge später aufgefundener Beweise bey Schließung der Ehe gar nicht vorhanden war. Diese gesetzlich gebothene Wiederherstellung der Ehe kann aber für keine durch gegründete Furcht erzwungene Ehe angesehen werden. Ein Zwang, der sich im Gesetze selbst gründet, erzeugt keine solche Furcht, die das Gesetz mißbilliget und zu einem Ehehindernisse erhebt; sonst würde sich das Gesetz selbst widersprechen. Wenn also zur Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft zwischen den Eheleuten, deren Trennung gerichtlich ausgesprochen, aber nachher im Wege des Rechtsmittels der Restitution wieder aufgehoben worden ist, eine abermahlige feyerliche Erklärung der Einwilligung nöthig seyn sollte, so wäre eine solche Einwilligung keineswegs für eine nach dem §. 55 wegen Furcht ungültige Einwilligung zu halten.

7. Von Verbrechen, welche die Verurtheilung zur Todesstrafe nach sich gezogen haben, macht das Gesetz keine Meldung. Da es aber von wenigstens spricht, und die Todesstrafe eine viel größere Strafe ist, als die fünfjährige Kerkerstrafe, und, wenn der zum Tode verurtheilte Ehegatte sich auf flüchtigem Fuße befindet, sowohl die Unmöglichkeit, die eheliche Pflicht und den

gegenseitigen Beystand zu leisten, als auch die Schande für den andern Ehegatten eintritt; so ist kein Zweifel, daß auch ein Verbrechen, wegen dessen ein Ehegatte zur Todesstrafe verurtheilet worden, den andern zur Trennung berechtige. Erhält der zum Tode verurtheilte Ehegatte Gnade, so wird die Todesstrafe gewöhnlich in eine langwierige Kerkerstrafe verwandelt, und dann ist die Frage bereits beantwortet; wird ihr aber nach der Verurtheilung alle Strafe erlassen, so hört deßwegen doch die Schande für den andern Ehegatten, mit einem so entehrten Gegentheile das Leben zubringen zu müssen, mithin auch aller Grund zur Trennung keineswegs auf.

8. Ist ein Ehegatte moralischer, der andere physischer Urheber des Verbrechens, oder sind beyde desselben auf gleiche Weise schuldig, so compensiren sich ihre Verbrechen und alle Klage auf Ehetrennung fällt weg, wie oben bey Gelegenheit des Ehebruchs bemerkt worden.

§. 246.

III. Boshafte Verlassung des andern Ehegatten.

1. Die Klage auf Ehetrennung ist ebenfalls begründet z. »wenn ein Ehegatte den andern boshaft verlassen »hat, und falls sein Aufenthaltsort unbekannt »ist, auf öffentliche gerichtliche Vorladung inner»halb eines Jahres nicht erschienen ist.« Die Eheleute verbinden sich nach §. 44 des a. b. G. B. durch den Ehevertrag, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, und sich gegenseitigen Beystand zu leisten. Es liegt ihnen nach §. 90 die wechselseitige Verbindlichkeit zur Leistung der ehelichen Pflicht ob. Diesen Hauptverbindlichkeiten handelt ein Ehegatte durch die boshafte Verlassung des andern entgegen. Meistens gesellt sich zu der boshaften Verlassung auch ein Ehebruch des Verlassers. Gründe genug, dem verlassenen Ehegatten auf sein Verlangen durch eine gerichtlich auszusprechende Trennung und folgeweise zu gestattende anderweitige Verehelichung zu Hülfe zu kommen, wenn die Grundsätze seiner Religion nicht dagegen sind.

2. Ist der Aufenthaltsort des entwichenen Ehegatten unbekannt, so sind zum Eintritte dieses Trennungsgrundes durch die

Worte des §. 115 offenbar folgende Erfordernisse vorgeschrieben: a) Ein Ehegatte muß den andern boshaft verlassen haben; b) es muß eine öffentliche gerichtliche Vorladung an ihn ergangen, und c) er muß auf diese innerhalb eines Jahres nicht erschienen seyn. Diese Erfordernisse sind nun nach einander zu erörtern.

3. Das erste Erforderniß ist also eine boshafte Verlassung des Ehegatten. Daß unter Verlassung die Entfernung des einen Ehegatten von dem gemeinschaftlichen Wohnorte, oder auch nur aus der gemeinschaftlichen Wohnung in der ernstlichen Absicht, die eheliche Gemeinschaft aufzuheben, verstanden werde, ist schon bey dem gleichnamigen Scheidungsgrunde (§. 22) bemerkt worden. Schwerer aber ist es zu bestimmen, was der Beysatz: boshaft zu bedeuten habe. Ist boshaft und vorsetzlich, d. i. mit überdachtem Beschluß einerley? Es scheint nicht, indem sich Fälle denken lassen, wo die vorsetzliche Verlassung nicht geläugnet, und doch eine boshafte nicht wohl behauptet werden zu können scheint, z. B. ein Ehegatte schenkt sein ganzes beträchtliches Vermögen dem andern, nimmt von ihm den zärtlichsten Abschied, und begibt sich aus Schwermuth oder Schwärmerey in ein unbekanntes Kloster, um sich daselbst einem beschaulichen Leben zu widmen. Eben so scheint die Entfernung in Geheim den Charakter der Bosheit nicht nothwendig mit sich zu führen, z. B. ein Ehegatte glaubt im Gewissen verpflichtet zu seyn, sich in die Einsamkeit zurück zu ziehen; da er aber von dem andern Widerspruch und Gegenvorstellungen, die ihn von seinem vermeintlichen Berufe abführen könnten, befürchtet, so verläßt er ihn heimlich. Auch darein kann man den Begriff einer boshaften Verlassung nicht setzen, daß ein Ehegatte sich wider den Willen des andern, in der Absicht, nicht wieder zu kommen, entfernt. Wer wird wohl die boshafte Verlassung in folgendem Falle, in welchem doch die Entfernung des einen Ehegatten im Einverständniß mit dem andern erfolgt, in Abrede stellen wollen? Ein Ehegatte entflieht aus Furcht vor Strafe wegen eines begangenen Verbrechens mit Wissen und Willen des andern; will aber zu dem Verlassenen auf keine Weise zurückkehren, nachdem Verbrechen und Strafe durch Verjährung oder Nachsicht erloschen sind. Könnte etwa die boshafte Verlassung als diejenige bezeichnet werden, welche erfolgt, ohne daß für den Unterhalt des

verlassenen Gatten und der Kinder eine Vorsorge getroffen wird. Allerdings kann dieser Umstand in gewissen Fällen die Bosheit, von welcher die Verlassung begleitet ist, an den Tag legen; aber er ist offenbar nicht der einzige Umstand, der dieselbe beurkundet, und auch nicht immer dazu hinreichend. Der Frau liegt ordentlicher Weise nicht die Pflicht ob, für den Unterhalt des Mannes zu sorgen, und doch unterliegt es keinem Zweifel, daß sie ihn boshaft verlassen könne. Wenn die Frau aus ihrem Vermögen bisher den Mann sowohl als die Kinder erhalten hat, und noch ferner zu erhalten vermögend ist, so kann gewiß in der von dem Manne bey seiner Entweichung vernachlässigten Sorge für den Unterhalt seiner Familie keineswegs der Grund liegen, warum die von ihm unternommene Verlassung seiner Frau für boshaft anzusehen wäre. Soll endlich die Entfernung ohne gerechte Ursache, oder was auf das Nähmliche hinausgehet, eine Entfernung, die nicht als nothwendig erscheint, die sich nicht rechtfertigen läßt, eine boshafte Verlassung seyn? Auch dieser Bedeutung scheint der Sprachgebrauch nicht ganz zu entsprechen. Leichtsinn, Schwermuth, Schwärmerey, Hang zum Herumschweifen, welche oft der Grund der Entweichung eines Ehegatten sind, aber sicher für keine gegründete Ursache derselben gelten können, pflegt man nicht Bosheit zu nennen. Wird man also an der Enträthselung eines einzelnen Wortes verzweifeln müssen? Meines Erachtens bedeutet boshaft hier eben das, was dolose im Römischen Recht. Dolus aber ist mit jeder widerrechtlichen und willkührlichen Handlung verbunden, die mit dem Bewußtseyn ihrer Widerrechtlichkeit begangen wird, ohne daß es auf den entferntern Beweggrund des Handelnden weiter ankommt. Eine boshafte Verlassung wird also diejenige seyn, die mit dem Bewußtseyn geschieht, daß sie eine Rechtsverletzung sey, d. h. daß dadurch die Rechte des verlassenen Ehegatten beeinträchtiget werden, der entferntere Beweggrund mag dabey seyn, welcher er wolle. Eine Bestätigung dieser Ansicht biethet das a. b. G. selbst an die Hand. Eine boshafte Verlassung, und die Verlassung, welche sich in einer bösen Absicht gründet, sind doch gewiß gleichbedeutende Dinge. Gleichwie nun eine willkührliche Beschädigung sich nach §. 1294 dann in einer bösen Absicht gründet, wenn der Schade mit Wissen und

Willen verursachet wird, so gründet sich auch die Verlassung des andern Ehegatten alsdann in einer bösen Absicht, und ist folglich eine boshafte Verlassung, wenn sie willkührlich, und der Schade, d. i. nach §. 1295 der Nachtheil, der dadurch dem verlassenen Ehegatten in seinen Rechten zugefügt wird, mit Wissen und Willen verursachet worden ist, oder mit andern Worten, wenn die Verlassung des Ehegatten willkührlich und mit dem Bewußtseyn verbunden war, daß dadurch die Rechte des andern Ehegatten verletzt worden sind. Welcher der entferntere Beweggrund dieser Verletzung gewesen sey, kommt dabey nicht in Betrachtung.

4. In dem Entwurfe des a. b. G., das ist, in dem Galizischen Gesetzbuche, geschah keine Meldung von einer boshaften Verlassung, sondern die betreffende Stelle lautete darin so: »wenn »ein Ehegatte den andern verlassen hat, und, wofern sein Aufent»halt nicht bekannt ist, auf öffentliche gerichtliche Vorladung inner»halb einem Jahre nicht erschienen ist.« Man sahe also damahls die Bosheit bey der Verlassung entweder als kein wesentliches Erforderniß des hier besprochenen Trennungsgrundes an, oder was wahrscheinlicher ist, man vermuthete dieselbe aus der durch ein Jahr unbefolgt gebliebenen öffentlichen gerichtlichen Vorladung. Das a. b. G. B. fordert aber nebst dieser Nichterscheinung ausdrücklich auch eine boshafte Verlassung zur Begründung der fraglichen Trennungsursache. Wie soll man aber die Bosheit, die kein Gegenstand der sinnlichen Wahrnehmung ist, sondern bloß in der Gesinnung liegt und im Herzen steckt, erweisen? Ein strenger Beweis dieser innern Thätigkeit eines noch dazu abwesenden Menschen ist freylich nicht immer möglich, aber auch nicht nothwendig. Der Beweis der bösen Absicht wird in Civil-Sachen überhaupt als hergestellt angesehen, wenn gewisse Thatsachen oder Umstände bewiesen werden, woraus sich auf die böse Absicht vernünftig schließen läßt, d. i. woraus eine gegründete Vermuthung derselben entstehet. So findet man den Beweis von dergleichen Thatsachen und Umständen zum Beweis der Unredlichkeit des Besitzes §. 326 und 368, der betrügerischen Absicht des Finders §. 395, des Verschuldens, mithin auch der bösen Absicht eines Beschädigers in der Sinnenverwirrung §. 1307 des a. b. G. B. für zureichend. Auf eine ähnliche Weise wird man auch die böse Absicht eines Gatten-Deser-

tors erproben können. Ein Blick auf die Form des Ehe-Prozesses dürfte dieses noch klärer machen. Das Verfahren in Ehestreitigkeiten ist nach der darüber ergangenen Vorschrift vom 22. Julius 1819 §. 1 ein gemischtes. Im Wesentlichen sind dabey die allgemeinen Grundsätze der Gerichtsordnung über die mündliche Verhandlung streitiger Rechtsangelegenheiten zur Anwendung zu bringen, jedoch so, wie es der Begriff und Zweck einer von Amtswegen zu pflegenden Untersuchung fordert. Der klagende Ehegatte wird die Trennung der Ehe aus dem Grunde der boshaften Verlassung begehren, in der Klage alle Umstände, woraus auf eine willkührliche, mit Wissen und Willen unternommene Verlassung geschlossen werden kann, anführen, und darüber die gehörigen Beweise anbringen. Erscheint der Geklagte auf die gerichtliche öffentliche Vorladung binnen der anberaumten Frist nicht, so würde in dem gemeinen Verfahren dem Kläger in Betreff des Factums auch ohne Beweis voller Glauben beygemessen, und die angeführten Umstände der Verlassung würden, wie sie der Kläger vorgebracht hat, ohne weiters für wahr gehalten. Allein da das Verfahren in Eheangelegenheiten zugleich ein ämtliches, inquisitorisches ist, so muß der Richter die entscheidenden Umstände auch von Amtswegen aufzuklären suchen, und alles anwenden, was ihm nach der Beschaffenheit der Umstände nöthig zu seyn scheint, um sich die Ueberzeugung zu verschaffen, daß der abwesende Ehegatte sich willkührlich und mit dem Willen, die Rechte des andern zu verletzen und nicht mehr zurückzukommen, entfernet habe. Hat der Richter durch strenge Prüfung der Gründe und Gegengründe sich überzeugt, daß der Verlassung böse Absicht zum Grunde liege, so kann er auf Trennung erkennen, wenn gleich der klagende Ehegatte selbst eben keinen vollständigen Beweis hergestellet hat, daß der Geklagte seine boshafte Absicht bey der Verlassung durch Schrift oder Worte ausdrücklich an den Tag gelegt habe. Der Beweis der bösen Absicht bey der Verlassung eines Ehegatten ergibt sich also in jedem einzelnen Falle von selbst aus Zusammenhaltung aller durch die richterliche Untersuchung erhobenen Umstände der Verlassung. Diese Darstellung des Verfahrens in Desertions-Fällen befreyt uns zugleich von dem Vorwurfe, daß der Spruch des Richters bey Nichterscheinung des geklagten Ehegatten als ein Erkenntniß auf Aus-

bleiben (in contumaciam) anzusehen sey, mithin auf ein Geständniß, welches doch in Trennungsstreitigkeiten nach §. 99, verbunden mit dem Ende des §. 115 des allg. bürgerl. Gesetzbuches, von gar keinem Gewichte ist, und zwar sogar auf ein vermuthetes oder fingirtes Geständniß, welches bey solchen Urtheilen angenommen wird, erfolge.

5. Nach festgestelltem Begriffe einer boshaften Verlassung wird sich auch die Frage beantworten lassen, ob die Verstoßung, die hartnäckige und ungegründete Weigerung eines Ehegatten, dem andern in den nothwendig geänderten Wohnort zu folgen, und die halsstärrige Versagung der ehelichen Pflicht nach unserm bürgerlichen Gesetzbuche als eine boshafte Verlassung, mithin als Trennungsgrund angesehen werden können? Die beyden ersteren Handlungen sind offenbar als Arten in der boshaften Verlassung enthalten. Ein Ehegatte, welcher den andern verstoßt, das heißt, ausdrücklich auf immer verabschiedet, oder gar mit Gewalt vertreibt, macht eben dadurch, daß der Wohnort, der bisher beyden gemeinschaftlich war, es nicht mehr ist, und hat dabey zugleich die Absicht, daß derselbe nie mehr der gemeinschaftliche Wohnort seyn soll. Es erfolgt hier wirklich eine Entfernung aus dem gemeinschaftlichen Wohnorte in der Absicht, daß nicht mehr in denselben zurückgekehrt werden soll. Es ist also eine Verlassung vorhanden. Der Unterschied zwischen diesem Falle und zwischen dem gewöhnlichen Falle der Verlassung bestehet nur darin, daß der Verlassende in dem letztern sich aus dem gemeinschaftlichen Wohnorte entfernt, in dem erstern aber der Verlassene daraus entfernt wird, was sich aber mit der gegebenen Definition der Verlassung ganz wohl verträgt. Das Nähmliche ist der Fall, wenn ein Ehegatte, ohne eine rechtmäßige Ursache zu haben, sich hartnäckig weigert, den andern in seinen nothwendig geänderten Wohnort zu begleiten. Der gemeine Sprachgebrauch, der die eigenthümliche und gewöhnliche Bedeutung der Worte, in welcher nach §. 6 und 655 Gesetze zu verstehen sind, bestimmt, dient zur Bestätigung dieser Ansicht. Wer seinen Reisegefährten mit Gewalt fortjagt, oder ihm, obwohl er könnte, auf keine Art mehr folgen will, hat ihn nach dem gemeinen Redegebrauch verlassen. Mit Grunde läßt sich eben dasselbe von einem Lebensgefährten sagen, der auf gleiche Art gegen

den andern handelt; da eine solche Verlassung zugleich immer willkührlich und mit Wissen und Willen des Verlassers die ehelichen Rechte des andern Ehegatten verletzt, so ist sie auch eine boshafte Verlassung, folglich nach dem a. b. G. B. ein unstreitiger Trennungsgrund. Anders verhält sich die Sache mit der halsstärrigen Versagung der ehelichen Pflicht. Einmahl dürfte nach Zeugniß der Erfahrung nur sehr selten angenommen werden können, daß eine solche Versagung ihren Grund wirklich in einer bösen Absicht habe. In den meisten Fällen wird sich's ergeben, daß dieselbe aus einer rechtmäßigen Ursache entspringe. Gesetzt aber, es stecke wirklich eine Bosheit dahinter, so gehört doch die Versagung der ehelichen Pflicht unter eine ganz andere Gattung von Handlungen, als die Verlassung des Ehegatten. Die erstere fordert nicht die Entfernung eines Ehegatten von dem gemeinschaftlichen Wohnorte, ist nicht mit der Absicht verbunden, sich nicht mehr an einem gemeinschaftlichen Orte mit dem andern Ehegatten aufzuhalten, welches beydes doch zum Wesen der Letztern gehört. Diese hindert die Erreichung aller im §. 44 des a. b. G. B. aufgestellten Ehezwecke, führt eine Uebertretung aller daraus entstehenden ehelichen Pflichten mit sich; jene hingegen läßt nur eine dieser Pflichten unerfüllt; schließt aber weder die unzertrennliche Gemeinschaft, noch die Erziehung der bereits erzeugten Kinder, noch den gegenseitigen Beystand aus. Die halsstärrige Versagung der ehelichen Pflicht ist daher als solche nicht unter der boshaften Verlassung begriffen, mithin an sich kein von unserm bürgerl. Gesetzbuch anerkannter Trennungsgrund, und zwar um so weniger, als die Trennungsgründe in dem §. 115 des a. b. G. B. taxativ bestimmt sind, und keiner ausdehnenden Auslegung unterliegen, wie oben §. 240 und 241 gezeigt worden. Nur dann, wenn mit der Versagung der ehelichen Pflicht zugleich Ehebruch oder ein anderer gesetzlicher Trennungsgrund verbunden wäre, könnte aus diesem auf die Auflösung des Ehebandes geklagt werden. Um so weniger kann eine Trennungsursache darin gesucht werden, daß ein Ehegatte bey oder nach der Beywohnung die Erzeugung der Kinder vorsetzlich hindert.

6. Außer der boshaften Verlassung wird zum Eintritte des in der Frage stehenden Trennungsgrundes, wie bereits oben

(Nr. 2) bemerkt worden, noch erfordert, b) daß der Ehegatte, welcher den andern verlassen hat, vom Gerichte öffentlich vorgeladen worden, und c) innerhalb eines Jahres nicht erschienen sey. Sowohl die öffentliche Vorladung als die Nichterscheinung innerhalb eines Jahres sind keine bloßen Vorschriften für das Verfahren, sondern sie sind eigentliche Bedingungen des Rechts, die Trennung der Ehe zu fordern. So lang nicht nachgewiesen werden kann, daß der entwichene Ehegatte von dem Gerichte öffentlich vorgeladen worden sey, und ein ganzes Jahr ohne zu erscheinen habe verstreichen lassen, hat der zurückgelassene Ehegatte noch kein Recht erworben, die Trennung der Ehe zu verlangen, seine Klage auf Ehetrennung ist noch nicht begründet, actio nondum nata est. Diesen Sinn des Gesetzes verbürget sowohl der Wortlaut als der Zusammenhang des §. 115, welcher sagt: das Gesetz gestatte, die Trennung der Ehe zu fordern, wenn ein Ehegatte den andern boshaft verlassen hat, und auf öffentliche gerichtliche Vorladung innerhalb eines Jahres nicht erschienen ist. Von dem Verfahren in einer solchen Angelegenheit ist erst zu Ende des Paragraphs, und zwar nur im Allgemeinen und remissionsweise die Rede. In dem übrigen Inhalte desselben werden bey allen einzelnen Ehehindernissen jene Erfordernisse festgesetzt, durch welche das Recht selbst, die Auflösung des Ehebandes zu begehren, bedingt ist. Hätte der Gesetzgeber die beyden in der Frage begriffenen Erfordernisse nicht als Bedingungen des Rechts selbst bestimmen wollen, so würde er dieselben für den Fall, wo der Aufenthalt des entwichenen Ehegatten unbekannt ist, eben so gut ausgelassen haben, als er sie für den Fall, wo dessen Aufenthalt bekannt ist, mit Stillschweigen übergangen hat. Denn daß in dem Verfahren ein Abwesender, dessen Aufenthalt unbekannt ist, durch öffentliche Edicte vorzuladen sey, hätte sich eben so leicht von selbst verstanden, als daß im Falle seines bekannten Aufenthalts die Vorladung durch gerichtliche Zustellung zu geschehen habe. Beydes bringt schon die Gerichtsordnung mit sich, welche auch verordnet, daß bey Nichterscheinung des Geklagten binnen der Edictal-Frist in contumaciam gegen ihn zu erkennen sey. Noch mehr wird man von der Richtigkeit der gemachten Auslegung überzeugt, wenn man einen Blick darauf wirft, was für Veränderungen die Gesetzesstelle,

Digitized by Google

wodurch der fragliche Trennungsgrund bestimmt wird, nach und nach erlitten habe. Das Josephinische Ehe-Patent vom J. 1783 §. 51, und das bürgerl. Gesetzbuch vom J. 1786, III. Hauptstück §. 106, forderten, ohne Unterschied des bekannten oder unbekannten Aufenthalts, zur Statthaftigkeit der Ehetrennung wegen boshafter Verlassung, daß der durch öffentliche Edicte zur Rechtfertigung seiner Abwesenheit vorgeladene Ehegatte binnen der anberaumten Frist sich nicht gerechtfertiget habe. Das Galizische Gesetzbuch vom Jahre 1797 I. Theil, III. Hauptstück §. 108, und das Ehe-Patent für Salzburg vom Jahre 1808 §. 65, melden nichts mehr von der Vorladung des abwesenden Ehegatten zur Rechtfertigung und von dessen Nichtrechtfertigung binnen einem Jahre, sondern gestatten die gänzliche Auflösung des Ehebandes, wenn der Ehegatte, der den andern verlassen hat, falls sein Aufenthaltsort bekannt ist, auf eine ihm gerichtlich zugestellte, oder wofern der Aufenthalt nicht bekannt ist, auf öffentliche gerichtliche Vorladung innerhalb eines Jahres nicht erschienen ist. Das Ausbleiben des entwichenen Ehegatten durch ein Jahr scheint also von diesen Gesetzen nicht zu dem Ende verlangt zu werden, daß demselben die hinlängliche Zeit zur Vertheidigung oder Rechtfertigung gelassen, sondern damit eine gesetzliche Gewißheit erhalten werde, daß der Abwesende wirklich die zum Begriffe der Verlassung gehörige Absicht habe, nicht mehr zu dem zurückgelassenen Ehegatten zurückzukehren, und mit ihm die eheliche Gemeinschaft zu erneuern. Das neue a. b. G. B. schweigt in dem Falle, wo der Aufenthalt des entwichenen Ehegatten bekannt ist, nicht nur von der gerichtlichen Zustellung der Ladung, weil sich diese nach der Gerichtsordnung von selbst versteht, sondern auch von der Nichterscheinung des Desertors binnen einer gewissen Zeit, weil man in diesem Falle von der Absicht des abwesenden Ehegatten, nicht mehr zu dem verlassenen zurückzukehren, und mit ihm die eheliche Gemeinschaft wieder herzustellen, leicht durch andere Mittel die gehörige Gewißheit erlangen kann. Da man bey Abfassung des a. b. G. B. alles Prozessualische davon nach Möglichkeit ausgeschieden; die öffentliche Vorladung und Nichtrscheinung des entwichenen Ehegatten binnen Jahresfrist aber darin im Falle des unbekannten Aufenthaltes beybehalten hat, obgleich man dieselbe,

Digitized by Google

wenn man sie als etwas bloß zum Prozesse gehöriges betrachtet hätte, sehr leicht hätte weglassen können, so ergibt sich die richtige Folge, daß man im erwähnten Falle jene beyden Stücke nicht für bloße Vorschriften des Verfahrens, sondern zugleich für wahre Bedingungen des Rechts habe angesehen wissen wollen. Endlich spricht für diese Auslegung die deutlichste Analogie, die von den zum Behufe der Wiederverehelichung angesuchten Todeserklärungen entnommen werden kann. Gleichwie hier nach §. 112 bis 114 des allg. bürgerl. Gesetzbuches der bloße Verlauf der im §. 24 bestimmten Zeit, binnen welcher der verschollene Ehegatte abwesend ist, dem verlassenen Theil noch kein Recht gibt, die Ehe für aufgelöset zu halten, und sich wieder zu verehelichen, sondern dazu noch die öffentliche Vorladung und Nichterscheinung des verschollenen Ehegatten binnen Jahresfrist erfordert wird, eben so gibt auch nach §. 115 die boshafte Verlassung allein dem verlassenen Ehegatten noch kein Recht, die Trennung der Ehe zu verlangen, sondern dazu ist im Falle des unbekannten Aufenthalts des entwichenen Ehegatten auch dessen öffentliche Vorladung und Nichterscheinung binnen einem Jahre als wesentliche Bedingung erforderlich.

7. Da das Recht die Trennung der Ehe zu fordern, im Falle des unbekannten Aufenthalts des entwichenen Ehegatten, außer der boshaften Verlassung noch von zwey andern Bedingungen abhängig ist, so sollte das Gesuch des verlassenen Ehegatten Anfangs eigentlich nicht auf Trennung der Ehe, sondern nach §. 919 des b. G. B. nur dahin, daß der Richter den abwesenden Ehegatten durch öffentliche Edicte, d. i. solche, welche im Gerichtsorte angeschlagen, und drey Mahl den Zeitungen eingerückt zu werden pflegen, zur Rückkehr und Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft innerhalb eines Jahres vorlade, gerichtet, und der Trennung nur als einer auf weiteres Ansuchen des Klägers eintretenden Folge des Ungehorsams gedacht werden, die der Richter in der Edictal-Ladung etwa mit den Worten auszudrücken hätte: widrigenfalls würde auf Ansuchen des Klägers erkannt werden, ob eine Trennung der Ehe Statt finde oder nicht. Nach Verlauf eines Jahres und nicht erfolgter Erscheinung des Desertors, da die Klage auf die Auflösung des Ehebandes bereits vollkommen

Digitized by Google

begründet ist, sollte der verlassene Ehegatte in einem neuen Gesuch erst die Trennung begehren, und der Richter nach gepflogener Verhandlung über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit derselben erkennen, gleichwie das Gericht vermöge des §. 114 erst nach fruchtloser Verstreichung des Edictal-Termins nur auf wiederhohltes Ansuchen des verlassenen Ehegatten zu erkennen hat, ob die Todeserklärung des verschollenen, und die Wiederverehelichung dem verlassenen Ehegatten zu verwilligen sey oder nicht. Allein in der Praxis wird mit dem Gesuche um die öffentliche Vorladung des abwesenden Ehegatten gewöhnlich auch das Gesuch um die Trennung verbunden, oder wohl gar nur Letzteres angebracht. Im ersten Falle läßt der Richter das Trennungsgesuch bis zum Verlaufe der Edictal-Frist unberücksichtiget; im zweyten aber verfügt er von Amtswegen die öffentliche Vorladung als eine durch das Gesetz vorgeschriebene Bedingung der Trennung. Die Wiederhohlung des Gesuches um Auflösung des Ehebandes nach vergebens verstrichenem Edictal-Termin muß aber immer Statt finden.

8. Wenn der entwichene Ehegatte, dessen Aufenthaltsort unbekannt war, auf die öffentliche Vorladung vor Verlauf der Edictal-Frist wieder erscheint, so ist nicht immer die nothwendige Folge davon, daß der Richter gar nicht mehr auf die Trennung erkennen dürfte, sondern man muß hier mehrere Fälle unterscheiden. Erscheint zwar der Entwichene, verschwindet aber wieder, ohne die eheliche Gemeinschaft mit seinem Ehegatten zu erneuern, so kann ohne Zweifel auf Trennung erkannt werden, weil dadurch die Absicht des Entwichenen, nicht mehr zu seinem Ehegatten zurückzukehren, hinlänglich am Tage liegt. Nicht die bloße Erscheinung des Desertors, sondern die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft mit dem verlassenen Ehegatten bezweckt das Gesetz, da es will, daß derselbe vorgeladen werde. Verschwindet er nach der Erscheinung wieder, ohne die Absicht des Gesetzes erfüllet zu haben, so ist es eben so viel, als wenn er nicht erschienen wäre. Erklärt sich aber der wieder Erschienene mit dem verlassenen Ehegatten in die eheliche Gemeinschaft zurücktreten zu wollen, so muß ihn der Letztere annehmen, und es findet keine Trennung Statt. Denn es ermangelt in dem gesetzten Falle eine von den Bedingungen des in der Frage stehenden Trennungsgrundes, nähmlich die Nicht-

Digitized by Google

erscheinung des geklagten Ehegatten innerhalb des Edictal-Termins zur Erneuerung der ehelichen Gemeinschaft. War seine Entfernung boshaft, so ist der zurückgebliebene Ehegatte freylich beleidiget worden. Aber eine bloße Beleidigung, wenn sie nicht zugleich als wirkliche Verlassung betrachtet werden kann, gibt noch keinen gesetzlichen Trennungsgrund an die Hand. Damit dieser eintrete, muß die boshafte Entfernung zugleich als wirkliche Verlassung erscheinen. Als solche aber zeigt sie sich nach dem Gesetze erst dadurch, daß der entwichene Ehegatte auf die öffentliche gerichtliche Vorladung zur Erneuerung der ehelichen Gemeinschaft sich binnen einem Jahre nicht einfindet. Im Zweifel muß einem dunkeln Gesetze immer jene Auslegung gegeben werden, welche für die Aufrechthaltung des Ehebandes zuträglicher ist. Wahr ist es allerdings, daß ein Ehegatte mit der Trennungsklage noch gehört werden müsse, wenn auch der andere die wenigstens fünfjährige Kerkerstrafe, wozu er verurtheilet worden, bereits überstanden hat, weil ihm diese Klage aus der Verurtheilung des andern bereits erwachsen ist; aber dem zurückgelassenen Ehegatten ist sie noch nicht erwachsen, wenn der Ehtwichene vor Verlauf der Edictal-Frist zurückkommt, und sich zur Herstellung der ehelichen Gemeinschaft bereit zeigt. Eine Ausnahme würde eintreten, wenn der verlassene Ehegatte den zurückgekehrten eines während dessen Abwesenheit begangenen Ehebruches überführen, oder einen andern Trennungsgrund, z. B. Nachstellungen, schwere Mißhandlungen geltend machen könnte; dann müßte er aber ein neues, auf diesen andern Trennungsgrund gestütztes, Gesuch bey der Behörde einreichen. Entfernt sich der zurückgekehrte Ehegatte zwar nicht wieder in einen unbekannten Aufenthaltsort, gibt aber bey Gericht die Erklärung ab, daß er mit seinem verlassenen Ehegatten auf keinen Fall mehr die eheliche Gemeinschaft herzustellen Willens sey, so ist, die Sache juristisch betrachtet, diese Erklärung ebenfalls der Nichterscheinung gleich zu achten. Denn nicht die bloße Stellung des Abwesenden, sondern den Wiedereintritt in die eheliche Gemeinschaft beabsichtiget das Gesetz, wenn es verordnet, daß der zurückgebliebene Ehegatte erst dann die Trennung der Ehe zu fordern berechtiget seyn soll, wenn der andere auf die an ihn deßwegen ergangene Vorladung durch ein Jahr ausbleibt.

Digitized by Google

Die ausdrückliche Erklärung des Letztern, nicht mehr mit dem ersten leben zu wollen, kann doch sehr wohl die Stelle der Nichterscheinung vertreten, die im Grunde nur eine gesetzliche Vermuthung der wirklichen Verlassung erzeugt.

9. Wir kommen nun auf den zweyten Fall, wenn der Aufenthaltsort des entwichenen Ehegatten bekannt ist. Hier könnte es sogar problematisch erscheinen, ob in diesem Falle nach dem a. b. G. B. die Trennung der Ehe wegen boshafter Verlassung verlangt werden könne? Gründe daran zu zweifeln sind: Erstens, weil das a. b. G. B. diesen in dem Entwurfe, d. i. in dem Galizischen Gesetzbuche I. Theil §. 108 und 109, nahmentlich und deutlich ausgedrückten Fall übergangen zu haben scheint; zweytens weil im gedachten Falle der entwichene Ehegatte durch gerichtliche Zwangsmittel zur Rückkehr und Erneuerung der ehelichen Gemeinschaft angehalten werden kann, folglich die Zulassung einer Trennung gar nicht nothwendig scheint. Allein diese Zweifelsgründe lassen sich heben. Daraus, daß in dem a. b. G. B. der Fall, wenn der Aufenthalt des entwichenen Ehegatten bekannt ist, nicht ausdrücklich angeführt wird, läßt sich noch keineswegs folgern, daß er ausgeschlossen sey; vielmehr kann daraus, daß das bürgerliche Gesetzbuch, nachdem es bereits ein Erforderniß zur Existenz dieses Trennungsgrundes im Allgemeinen bestimmt hatte, noch den Fall, wenn der Aufenthalt des entwichenen Ehegatten unbekannt ist, besonders auszeichnet, und für denselben noch weitere Erfordernisse, nähmlich die öffentliche Vorladung und die Nichterscheinung binnen einem Jahre vorschreibt, der bündigste Schluß gezogen werden, daß es auch in dem nicht ausgedrückten Falle, wenn nähmlich der Aufenthalt des entwichenen Ehegatten bekannt ist, die Trennung zulasse, aber mit wenigeren Erfordernissen. Der erste Satz der gesetzlichen Anordnung: wenn ein Ehegatte den andern boshaft verlassen hat, lautet ganz allgemein, ist weder auf den Fall des bekannten, noch des unbekannten Aufenthalts des entwichenen Ehegatten gestellt, findet daher offenbar seine Anwendung auch in dem Falle, wo der Aufenthaltsort des geklagten Ehegatten bekannt ist. Hätte der Gesetzgeber die Trennung in diesem Falle ganz ausschließen wollen, so hätte die Textirung des besprochenen Trennungsgrundes so lauten müssen: wenn

» ein Ehegatte den andern boshaft verlassen hat, sein Aufenthalts-
» ort unbekannt ist, und er auf öffentliche gerichtliche Vorladung
» innerhalb eines Jahres nicht erschienen ist.« Zudem war dieser Fall in allen früheren Gesetzen ausdrücklich enthalten. Im a. b. G. B. scheint bloß deßwegen keine ausdrückliche Erwähnung desselben geschehen zu seyn, weil man sich der Kürze befliß, die Erfordernisse des ausgedrückten Falles darauf nicht anwenden wollte, und das Verfahren dabey sich aus der Gerichtsordnung von selbst ergibt. Was den zweyten Grund betrifft, so ist es zwar richtig, daß die Gerichts-Behörde den entwichenen Ehegatten in seinem nach der Voraussetzung bekannten Aufenthaltsorte aufsuchen, und Falls er sich durch Androhung oder Anwendung gelinderer Zwangsmittel zur Rückkehr und Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nicht bestimmen läßt, in den Wohnort oder sogar in die Wohnung des verlassenen Ehegatten abliefern lassen könne; aber daraus läßt sich ebenfalls nicht die Folge ableiten, daß die Gesetzgebung in einem solchen Falle die Trennung für ganz unnöthig, mithin für unzulässig halte. Entschließt sich der zurückgekehrte oder der zurückgebrachte Ehegatte die unterbrochene eheliche Gemeinschaft fortzusetzen, so kann freylich von einer richterlichen Erkenntniß auf Trennung keine Rede seyn. Hingegen kann dieselbe Statt finden, wenn der Verlasser, obgleich er auf gerichtlichen Betrieb selbst zurückkommen, oder zurückgeliefert worden ist, sich zur Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft durchaus nicht verstehen will, weil hier alle Bedingungen eintreffen, unter welchen das Gesetz die Statthaftigkeit des fraglichen Trennungsgrundes für den Fall anerkennt, wo der Aufenthaltsort des entwichenen Ehegatten bekannt ist.

10. Welche sind aber diese Bedingungen? Ist in dem gesetzten Falle zur Begründung der Ehetrennung außer der boshaften Verlassung auch eine Vorladung des abwesenden Ehegatten, eine gerichtliche Zustellung derselben und die Nichterscheinung des Abwesenden binnen Jahresfrist erforderlich? Obschon das a. b. G. B. für den Fall, wenn man den Aufenthaltsort des entwichenen Ehegatten kennt, weder von einer Vorladung desselben, noch von der gerichtlichen Zustellung der Vorladung etwas meldet, so sind doch diese, obgleich sie zur Begründung des Rechts auf Ehetrennung

Digitized by Google

nicht gehören, als Vorschriften des Verfahrens zu beobachten. Das Hofkanzley-Decret vom 22. Julius 1819 sagt §. 13, daß in Fällen einer angesuchten Trennung der Ehe im Allgemeinen die für das Verfahren über Scheidung von Tisch und Bett ertheilten Vorschriften ihre Anwendung finden; diese Vorschriften aber erheischen nach §. 2 des nähmlichen Hofdecrets, daß die streitenden Theile jederzeit persönlich vorgeladen werden sollen, welches dann §. 14 bey der Trennung noch ausdrücklich wiederhohlt wird. Der geklagte Ehegatte muß wie jeder Andere, gegen den eine Klage eingereicht worden, bevor vom Gerichte darüber gesprochen werden kann, vernommen werden. Er kann sehr gegründete, allen Verdacht einer boshaften Verlassung behebende, Ursachen haben, warum er sich von dem bisherigen Orte entfernt hat, z. B. weil er von Tisch und Bett geschieden worden; weil ihn höhere Befehle oder Dienstverhältniste dazu genöthiget haben; weil er in dem bisherigen Wohnorte Gefahr für sein Leben, seine Gesundheit oder Freyheit zu besorgen hatte ꝛc. Die Nothwendigkeit der Vorladung, da sie sich von selbst verstehet, konnte also im a. b. G. B. leicht mit Stillschweigen übergangen werden, und eben so auch die gerichtliche Zustellung der Vorladung, weil es ohnehin die Gerichtsordnung mit sich bringt, daß dem Geklagten, dessen Aufenthalt dem Gerichte bekannt ist, die Vorladung oder Klage gerichtlich zugestellet werde, zumahl da man sich bey der Verfassung des bürgerl. Gesetzbuches an den Grundsatz gehalten hat, von demselben so viel möglich alles auszuscheiden, was nicht zur Begründung der Privat-Rechte gehört, und nur der Richter zu wissen nöthig hat, nicht aber auch die streitenden Parteyen. Dagegen scheint die Nichterscheinung des entwichenen Ehegatten innerhalb eines Jahres auf die ihm zugestellte gerichtliche Vorladung in dem gesetzten Falle keineswegs erforderlich zu seyn, theils weil das a. b. G. B. davon gar nichts erwähnt, und dessen Worte: innerhalb eines Jahres nicht erschienen ist, ohne der Rede Zwang anzuthun, sich auf den Fall, wo der Aufenthaltsort des abwesenden Ehegatten bekannt ist, nicht beziehen lassen, theils weil der Gesetzgeber gute Gründe gehabt haben mag, in diesem Falle das einjährige Ausbleiben nicht zu verlangen. Die Nichterscheinung binnen einem Jahre von der Vorladung an sollte zum Beweise dienen,

daß der entwichene Ehegatte die ernstliche Absicht habe, zu dem Verlassenen nicht mehr zurückzukehren, welche Absicht zu dem Begriffe der Verlassung gehört. Von dieser Absicht aber kann in dem Falle der Frage das Gericht hinlängliche Gewißheit erhalten, ohne daß es nöthig hat, auf die Erscheinung des vorgeladenen Ehegatten durch ein ganzes Jahr zu warten. Der verlassene Ehegatte kann entweder durch Briefe oder durch Bothen und Unterhändler den entwichenen öfters zur Rückkehr zu bewegen gesucht haben, und durch dessen eigene Handschrift oder durch Zeugen den vollständigen Beweis herzustellen vermögen, daß derselbe auf die bestimmteste Art seinen Vorsatz erklärt habe, nicht mehr in die Gemeinschaft mit dem klagenden Ehegatten zurückzutreten. Den nähmlichen Versuch kann der verlassene Theil durch die Polizey-Behörden gemacht haben, und im Stande seyn, aus erhobenen Abschriften polizeylicher Amtsacte den Beweis zu liefern, daß es des abwesenden Ehegatten ernstlichste Absicht sey, sich beständig entfernt zu halten. Ja das Gericht selbst kann auf Ansuchen des verlassenen Theiles bereits früher den Entwichenen vorgeladen, ihm die Rückkehr und die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft aufgetragen und sich überzeugt haben, daß keine Hoffnung dazu vorhanden sey. Dergleichen Betrachtungen mögen die Gesetzgebung bestimmt haben, in dem Falle, wo der Aufenthaltsort des entwichenen Ehegatten bekannt ist, keinen Termin festzusetzen, binnen welchem er auf die Vorladung nicht erschienen seyn muß, um darnach seine Desertions-Absicht zu beurtheilen.

§. 247.

IV. Nachstellungen.

1. Zu den gesetzlichen Trennungsgründen gehören 4. dem Leben oder der Gesundheit gefährliche Nachstellungen, die ein Ehegatte gegen den andern sich zu Schulden kommen läßt. Ein Ehegatte, der dem andern das Leben zu nehmen, oder seine Gesundheit zu zerstören versucht, will die unzertrennliche Lebensgemeinschaft, wozu er sich durch den Ehevertrag verbunden hat, eigenmächtig aufheben, dem andern die Erzeugung und Erziehung der Kinder entweder unmöglich machen oder ihn daran hindern, sich von der Verbindlichkeit, ihm den gegen-

Digitized by Google

seitigen Beystand zu leisten, auf immer los, oder ihn desselben, da er es sonst nicht wäre, bedürftig machen. Er verletzt in hohem Grade die eheliche Treue, diese in weiterer Bedeutung genommen; er handelt also nicht nur gegen die vorzüglichsten Pflichten, die einem Ehegatten gegen den andern vermöge Vertrags obliegen, sondern auch gegen die wichtigsten Verbindlichkeiten, die dem Menschen schon durch die Natur und Vernunft gegen jeden andern Menschen als solchen eingeschärft sind. Wenn sich daher irgend ein Grund, die Aufhebung des Ehevertrages zu fordern, rechtfertigen läßt, so ist es dieser der Nachstellungen. Man kann ja doch von einem Ehegatten nicht verlangen, daß er sein Leben oder seine Gesundheit tagtäglich der Bosheit des andern Preis geben soll. Eine Scheidung von Tisch und Bett schützt dagegen nicht immer und nicht hinlänglich. Und wenn selbst dieses kümmerliche Mittel nach den Religions-Begriffen der Kirche, zu welcher sich die Ehegatten bekennen, nicht zulässig ist, was kann es für ein anderes geben, als die Trennung? Deßwegen nehmen auch alle Christen, welche glauben, daß die Auflösung der Ehe durch Gottes Wort nicht schlechterdings verbothen sey, die Nachstellungen als einen gültigen Grund an, dieselbe zu begehren. Bey einigen ist sie in solchen Fällen sogar gebothen. Die Einwendung, daß auf solche Art die Gesetzgebung den Eheleuten Gelegenheit an die Hand gebe, sich durch ein Verbrechen von dem lästigen Ehebande zu befreyen, würde, abgesehen davon, daß schon die auf das Verbrechen gesetzte Strafe von Begehung desselben abschrecke, nur dann von einigem Gewichte seyn, wenn es dem schuldigen Theile gestattet wäre, nach der Trennung der Ehe ebenfalls zu heirathen, welches aber die Gesetze der Akatholiken ordentlicher Weise nicht gestatten, und die Criminal-Gesetze jedes Staates gewöhnlich unmöglich machen.

2. Nachstellungen sind Versuche, dem Ehegatten das Leben zu rauben, oder seine Gesundheit zu zerstören. Damit dieselben dem gefährdeten Ehegatten als Trennungsgrund zu Statten kommen können, müssen die dem Leben gefährlichen mißlungene, die der Gesundheit gefährlichen aber können auch gelungene seyn. Ueber die Bedeutung des Wortes: gefährliche kann hier die Frage entstehen, ob die Nachstellungen, um einen Trennungsgrund ab-

zugeben, allezeit auf das Leben abzielen müssen, so daß es nur als zufälliges Ereigniß zu betrachten komme, wenn sie bloß der Gesundheit schaden, oder ob sie auch lediglich auf die Untergrabung der Gesundheit, ohne eigentliche Absicht auf das Leben selbst gerichtet seyn können? Schon das von dem Gesetze gebrauchte Bindewort: oder spricht für die letztere Bedeutung. Wäre die Erstere gemeint, so würde sich das Gesetz schicklicher der Verbindungs-Partikel: und bedient haben. Auch die Störung der Gesundheit ist eine Verkürzung des Lebens. Man stirbt früher, wenn die Gesundheit einmahl untergraben worden ist. Es läßt sich im Voraus nicht bestimmen, was für Folgen die Mittel haben werden, welche man anwendet, um dem Andern an seiner Gesundheit Schaden zuzufügen. Mittel, die bloß auf Zerstörung der Gesundheit berechnet waren, können bey Dazwischenkunft eines zufälligen Umstandes den baldigen Tod herbeyführen. Das Sprichwort ist bekannt: Vulnera non dantur ad mensuram. Man wende nicht ein, daß auf bloße Zerrüttung der Gesundheit bey Nachstellungen nie gedacht werde. Allerdings kann ein Ehegatte aus Furcht, wegen lebensgefährlicher Nachstellungen zum Tode verurtheilet zu werden, sich derselben enthalten und lediglich die Absicht haben, dem andern die Gesundheit zu rauben, um bey dessen immerwährender Kränklichkeit entweder mehr Vorwand oder bessere Gelegenheit zu Ausschweifungen zu erhalten. Das End-Resultat ist nach der Zeit eben dasselbe, welches man bey einem förmlichen Mordanschlag beabsichtiget.

3. Ob übrigens ein Ehegatte durch sich selbst oder durch einen Bestellten dem Leben oder der Gesundheit des andern nachgestellt habe, thut nichts zur Sache. Auch ist es gleichgültig, welcher der entferntere Beweggrund zu diesen Nachstellungen war, ob Rachgier, Sehnsucht nach einer andern Heirath, Hang zu Ausschweifungen oder was immer für ein anderes Motiv. Dieses mag bestehen, worin es wolle, so kann dem andern Ehegatten nicht zugemuthet werden, daß er sich ferner einem so gefährlichen Tisch- und Bettgenossen anvertraue.

4. Endlich versteht es sich von selbst, daß die bloße Vermuthung der Nachstellungen zur Begründung der Ehetrennung nicht hinreiche, sondern daß ein vollständiger Beweis derselben erfor-

Digitized by Google

dert werde. Es gilt daher bey uns als kein Trennungsgrund der Umstand, welchen die Kaiser Justinian und Leo der Weise dafür erklärt haben, nähmlich, wenn die Frau bey Lebzeiten ihres Mannes sich mit einem andern zu Heiraths-Tractaten herbeyläßt.

§. 248.

V. Schwere Mißhandlungen.

1. Das Gesetz rechnet unter die Trennungsursachen 5. wiederhohlte schwere Mißhandlungen, die ein Ehegatte an dem andern verübet. Sie widerstreben einmahl der beyden Ehegatten gemeinschaftlichen Pflicht zur anständigen Begegnung, sie gefährden alle Zwecke der ehelichen Gemeinschaft, sie führen sehr leicht zum Ehebruch, zur absichtlichen Verlassung, zu Nachstellungen, oder wenigstens zur unüberwindlichen Abneigung, sie können sogar, wenn sie zu stark werden, auch ohne directen bösen Vorsatz, dem Leben oder der Gesundheit Gefahr bringen. Dieß dient zur Rechtfertigung ihrer Aufnahme unter die Trennungsursachen. Es ist räthlicher, dem Uebel vorzubeugen, als, nachdem es bereits geschehen ist, ein Heilmittel dagegen zu suchen.

2. Was Mißhandlungen im Allgemeinen seyen, läßt sich leichter durch das Gefühl als durch Worte bestimmen. Daß sogenannte thätliche Injurien, z. B. Schläge, Haarrisse, Rippenstöße, Ohrfeigen, Nachwerfen von Messern oder andern Dingen, woraus leicht körperliche Verletzung oder gar Todschlag erfolgt, hierher gehören, wird wohl Niemand in Abrede stellen. Ob aber auch Verbal-Injurien und Kränkungen der persönlichen Freyheit unter Mißhandlungen verstanden und als Trennungsgrund betrachtet werden können, ist sehr zweifelhaft. Bey der Scheidung von Tisch und Bett unterscheidet das a. b. G. B. §. 109 ausdrücklich zwischen schweren Mißhandlungen und sehr empfindlichen Kränkungen. Daß grobe Verbal-Injurien und empfindlich kränkende Beschränkungen der persönlichen Freyheit eher zu den sehr empfindlichen Kränkungen als zu den schweren Mißhandlungen sowohl nach dem Sinne des §. 109 als nach dem allgemeinen Sprachgebrauche zu rechnen seyen, läßt sich wohl nicht verkennen. Da man nun nicht annehmen kann, daß der Gesetzgeber im §. 115 unter

Digitized by Google

ſchweren Mißhandlungen etwas anders als im §. 109 verſtanden habe; da es ihm, wenn er die Abſicht gehabt hätte, auch Verbal-Injurien und Einſchränkungen der perſönlichen Freyheit für einen Trennungsgrund zu erklären, ſehr leicht gefallen wäre, im §. 115 eben ſo wie im §. 109 noch beyzuſetzen: »nach dem Verhältniſſe der Perſonen ſehr empfindliche Kränkungen,« was er doch nicht gethan hat; da ferner bey Trennungsgründen eine ausdehnende Interpretation unzuläſſig iſt (§. 241); da endlich aus der Vergleichung der §§. 109 und 115 offenbar hervorgeht, daß die Geſetzgebung nicht alle Scheidungsurſachen auch für Trennungsgründe gelten laſſen wollte, und es ſehr natürlich ſcheint, daß ſie zu der die Religion und das öffentliche Wohl mehr gefährdenden Ehetrennung wichtigere Urſachen als zu der minder ſchädlichen Scheidung von Tiſch und Bett fordere; ſo wird es gewiß ſehr problematiſch, ob ſie unter Mißhandlungen auch Verbal-Injurien und Verletzungen der perſönlichen Freyheit begriffen haben wollte. Höchſtens könnte als Mißhandlung dieſer Art angeſehen werden, wenn ein Ehegatte den andern verläumderiſch eines Verbrechens beſchuldiget, oder eigemächtig wie einen Gefangenen behandelt. Allein da dergleichen Handlungen leicht in den zweyten Trennungsgrund hinüber ſpielen, ſo würden ſie eigentlich nur dann zu dem vierten Trennungsgrunde gehören, wenn ſie ſich bloß als ſchwere Polizey-Uebertretungen darſtellen.

3. Zum Eintritte dieſes Trennungsgrundes fordert das Geſetz a) ſchwere und b) wiederhohlte Mißhandlungen. Welche Gewaltthätigkeiten eines Ehegatten gegen den andern, oder allenfalls auch welche wörtliche Injurien und welche Beſchränkungen der perſönlichen Freyheit als ſchwere Mißhandlungen anzuſehen ſeyen, überläßt es dem Richter nach Erwägung aller Umſtände zu beurtheilen. Er wird alſo zuerſt darauf Rückſicht zu nehmen haben, ob nach der gemeinen Meinung eine gewiſſe Handlung oder Rede als eine grobe Beleidigung betrachtet werde, dann aber wird er auch überlegen müſſen, ob nicht die aus Zuſammenhaltung der Umſtände hervorgehende Abſicht des Redenden oder Handelnden, der höhere oder geringere Stand der Ehegatten, oder ein anderes zwiſchen ihnen Statt findendes Verhältniß das, was nach der gemeinen Meinung keine, oder wenigſtens keine grobe Mißhandlung

wäre, zu einer solchen erhebe, oder das, was eine wäre, aus der Zahl derselben ausschließe. Eine wiewohl schwere Mißhandlung genügt jedoch zur Trennung noch nicht; es sind mehrere dazu nöthig, wie viele aber, läßt das Gesetz wieder unbestimmt und dem jedesmahligen Ermessen des Richters über. Je mehrere nachgewiesen werden können, desto leichter wird sich der Richter bewegen lassen, auf Trennung zu erkennen. Wenigstens zwey aber sind schlechterdings erforderlich, weil sich ohne zwey keine Wiederhohlung der Mißhandlungen denken läßt.

4. Die schweren wiederhohlten Mißhandlungen mittelst Real-Injurien liegen gewöhnlich dem Manne zur Last; aber daß auch die Frau, wenn sie einmahl eine Superiorität über den Mann erlangt hat, sich derselben schuldig machen könne, ist nicht ohne Beyspiel. Sie kann den Mann auch durch andere Männer körperlich mißhandeln lassen. Mündliche Injurien sind dem reitzbaren, geschwätzigen, unbedachtsamen Weibervolke noch geläufiger als den Männern. Daß die Frau die persönliche Freyheit des Mannes durch Einsperrung zu Hause widerrechtlich kränke, wird sich nicht leicht ereignen; aber denkbar ist es, daß sie ihn durch andere auffangen und verschlossen halten lasse. Auch kann es vielleicht in eine schwere Mißhandlung ausarten, wenn sie aus leidenschaftlicher und grundloser Eifersucht ihm gegen sein Verboth auf jedem Tritt und Schritt nachschleicht, oder ihn in allem Thun und Lassen durch lästige Ausspäher bewachen läßt, und ihm dadurch die empfindlichsten Beschämungen und Kränkungen zuziehet.

5. Sind Mißhandlungen im Ehestande einmahl eingerissen, so bleiben sie gewöhnlich nicht einseitig, sondern werden vergolten. Diese Vergeltung kann nun entweder so geschehen, daß die wechselseitigen Mißhandlungen von gleicher oder von verschiedener Art sind, z. B. daß Verbal-Injurien gegen Verbal-Injurien, Schläge gegen Schläge gewechselt, oder daß die letztern mit den erstern, und umgekehrt diese mit jenen vergolten werden. In solchen Fällen entsteht die Frage, ob sich die wechselseitigen Mißhandlungen compensiren, oder ob ungeachtet der Wechselseitigkeit doch dem einen oder dem andern Theile die Klage auf Trennung der Ehe unbenommen bleibe? Mündliche Injurien (es versteht sich, so derbe, daß sie bey ihrer Einseitigkeit allenfalls einen Grund zur Trennung abgeben

könnten) heben sich, wenn sie wechselseitig sind, nach allen Rechten gegen einander auf. Eine Wechselseitigkeit bey Mißhandlungen durch unbefugte Einschränkung der persönlichen Freyheit ist beynahe unmöglich. Also bleibt der Zweifel nur für jene Fälle übrig, wo beyden Ehegatten Thätlichkeiten gegen einander, oder Mißhandlungen verschiedener Art zur Last gelegt werden können. Für die Compensation in dem ersten Falle streitet der bekannte Grundsatz: Paria delicta mutua compensatione tolluntur; für die Compensation aber in dem zweyten sowohl als in dem ersten Falle der Umstand, daß die Klage auf Trennung nur einem schuldlosen Ehegatten zustehet, folglich in Fällen, wo beyde schuldig sind, nicht Statt haben zu können scheint. Allein die entgegengesetzte Meinung dürfte doch stärkere Gründe für sich haben. Wenn die Mißhandlungen durch Thätlichkeiten auf beyden Seiten beständig fortdauern, oder wenigstens von einer Seite immerfort wiederhohlet, obgleich von der andern nur durch mündliche Injurien oder widerrechtliche Beschränkung der persönlichen Freyheit vergolten werden, und keine Trennung der Ehe gestattet wäre, so ist kaum ein anderes Ende zu erwarten, als entweder Todschlag oder Verlust der Gesundheit auf der einen oder der andern Seite. Zudem setzt der §. 1264 des a. b. G. B. voraus, daß an einer durch richterliches Urtheil erkannten Scheidung von Tisch und Bett jeder Theil Schuld tragen könne, und die Vorschrift über das Verfahren in streitigen Eheangelegenheiten vom 22. Julius 1819 bestimmt §. 12, daß bey einer durch Urtheil bewilligten Scheidung von Tisch und Bett zugleich ausdrücklich darüber erkannt werden soll, ob der eine oder der andere Ehegatte oder jeder Theil an der Scheidung Schuld trage. Die für das Verfahren über Scheidung von Tisch und Bett geltenden Vorschriften finden aber nach §. 13. des angeführten Hofdecretes vom Jahre 1819 auch in den Fällen Anwendung, wo über eine angesuchte Trennung der Ehe zu erkennen ist, insofern davon keine Ausnahme gemacht wird. Eine Ausnahme aber in Betreff der im Trennungsurtheil zu erwähnenden Schuld des Einen oder des Andern, oder beyder Ehegatten, ist nirgends anzutreffen. Also muß auch in dem Urtheile, wodurch auf eine Trennung der Ehe gesprochen wird, ausgedrückt werden, ob an derselben der eine oder der andere Ehegatte,

oder jeder Theil Schuld habe, welches offenbar voraussetzt, daß auch in dem Falle einer beyderseitigen Schuld auf Trennung der Ehe erkannt werden könne.

§. 249.

VI. Unüberwindliche Abneigung.

1. Der letzte Trennungsgrund, den das allg. bürgerl. Gesetzbuch anerkennt, ist 6. eine unüberwindliche Abneigung, welcher wegen beyde Ehegatten die Auflösung der Ehe verlangen. Dieser Trennungsgrund ward schon im Ehepatent vom 16. Januar 1783 §. 52 aufgestellt, im bürgerl. Gesetzbuche Josephs II. §. 107 beybehalten; im Galizischen aber weggelassen, jedoch in das neue allg. bürgerl. Gesetzbuch wieder aufgenommen. Zur Rechtfertigung desselben bey Personen, welche nach ihren Religions-Grundsätzen die gänzliche Auflösung des Ehebandes aus wichtigen Ursachen für zulässig halten, dienen folgende Betrachtungen. Die Ehe wird durch Liebe gestiftet und unterhalten. Tritt zwischen den Ehegatten statt der Liebe unüberwindliche Abneigung, d. i. Entfernung des Gemüthes eines Ehegatten von dem andern, ein, so fehlt es der Ehe ferner an ihrer eigentlichen Grundlage. Es verschwindet die Hoffnung, daß solche gegen einander erbitterte Eheleute die ihnen wechselseitig obliegenden Verbindlichkeiten zur ehelichen Pflicht, Treue und anständigen Begegnung erfüllen werden. Dadurch werden selbst die Hauptzwecke der Ehe, nähmlich die Erzeugung und Erziehung der Kinder und der gegenseitige Beystand vereitelt. Wie kann also eine unzertrennliche Lebensgemeinschaft zwischen ihnen noch weiter bestehen? Fast immer entsteht die unüberwindliche Abneigung zwischen Ehegatten dadurch, daß von einer Seite die Pflicht zur ehelichen Treue oder anständigen Begegnung bereits verletzt worden ist. Kann schon deßwegen das Eheband für aufgelöset erklärt werden, warum nicht auch dann, wenn noch die Gefahr hinzukommt, daß alle gemeinschaftlichen Pflichten übertreten und die Zwecke der Ehe nicht erreicht werden würden? Wollte man den erwähnten Religions-Genossen wegen unüberwindlicher Abneigung die Trennung der Ehe nicht gestatten, so wäre zu befürchten, daß sich die

Digitized by Google

Ehegatten entweder durch Nachstellungen und Ehebrüche, oder durch verabredete Verlassungen und scheinbare Mißhandlungen von dem unerträglich gewordenen Bande zu befreyen suchen werden.

2. Da die Trennung der Ehe eine viel wichtigere und folgenreichere Handlung ist, als die Scheidung von Tisch und Bett, so könnte es auffallen, warum die unüberwindliche Abneigung in dem allg. bürgerl. Gesetzbuche zwar als Trennungs-, nicht aber auch als Scheidungsgrund erscheine. Allein das Auffallende verschwindet, wenn man bedenkt, daß Ehegatten, welche eine unüberwindliche Abneigung gegen einander haben, eine Scheidung mit Einverständniß bewirken können, und, falls beyde das Scheidungsgesuch unterschreiben, wirklich um eine solche ansuchen; bey einer einverständlichen Scheidung aber die Anführung eines Grundes keineswegs erfordert werde. Es wäre also zwecklos und gegen das System gewesen, die unüberwindliche Abneigung in die Zahl der Scheidungsgründe im §. 109 des a. b. G. B. aufzunehmen, wo nur von der uneinverständlichen Scheidung die Rede ist.

3. Die Erfordernisse zu diesem letzten Trennungsgrunde sind: 1) Das Vorhandenseyn einer Abneigung, die unüberwindlich ist; 2) daß wegen derselben beyde Ehegatten die Auflösung der Ehe verlangen; 3) daß vor Verwilligung der Trennung erst eine Scheidung von Tisch und Bett, und zwar nach Beschaffenheit der Umstände, auch zu wiederhohlten Mahlen versucht werde [1]. Diese Erfordernisse gehen deutlich aus den Worten des Gesetzes selbst, nähmlich des §. 115 hervor; aber es entstehen bey denselben mehrere schwierige Fragen, die vor Allem nach Thunlichkeit zu erörtern sind.

4. Es kann einmahl gefragt werden, ob auch die einseitige Abneigung, d. i. entweder des Mannes gegen die Frau, oder der Frau gegen den Mann zur Trennung hinreiche, oder ob immer eine wechselseitige Abneigung erfordert werde? Für die Wechselsei-

[1] Das erste und dritte Erforderniß wird durch den Gerichtsgebrauch der protestantischen Consistorien bestätiget, wie Wiese im Handbuch des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts III. Thl. I. Abtheil. §. 424, S. 417 und 418 bezeuget. Das Preußische Landrecht schreibt auch das zweyte Erforderniß vor. (Siehe von Pratobevera's Materialien V. Bd. S. 16—18.)

Digitized by Google

tigkeit der Abneigung scheinen der §. 52 des Ehe-Patentes vom 16. Januar 1783 und der §. 107 des dritten Hauptstückes im bürgerl. Gesetzbuche des Kaiser Josephs II., denen der fragliche Trennungsgrund in dem allg. bürgerl. Gesetzbuche nachgebildet worden, klar zu sprechen; denn in beyden erwähnten Gesetzen ist jener Trennungsgrund so ausgedrückt: »Wenn zwischen den Eheleuten eine Hauptfeindschaft oder unüberwindliche Abneigung entstanden ist, und beyde Theile die Ehescheidung verlangen.« Durch das Vorwort: zwischen, wird die Abneigung auf beyde Ehegatten bezogen, somit die Wechselseitigkeit derselben erfordert. Das Nähmliche ergibt sich dem Anscheine nach aus den Worten des jetzigen bürgerl. Gesetzbuches; denn da es nöthig ist, daß beyde Ehegatten wegen unüberwindlicher Abneigung die Trennung verlangen, so muß ja dieselbe sowohl von Seite des Mannes als von Seite des Weibes vorhanden, mithin wechselseitig seyn. Auch ist es kaum begreiflich, wie beyde Ehegatten wegen unüberwindlicher Abneigung die Trennung fordern sollten, wenn dieselbe nicht gegenseitig ist. Endlich dürfte die Unauflösbarkeit des Ehebandes, die auch bey den Akatholiken als Regel gilt, äußerst gefährdet, und der Zügellosigkeit ein breites Thor geöffnet seyn, wenn schon die einseitige Abneigung eines Ehegatten gegen den andern einen gesetzlichen Grund zur Auflösung des Ehebandes an die Hand gäbe. Wie leicht entstehet eine solche Abneigung? Wie oft dürfte sie bloß vorgegeben werden? Wie gar nicht schwer dürfte es halten, auch den andern Ehegatten zu vermögen, daß er, ungeachtet er keine unüberwindliche Abneigung hegt, ebenfalls die Trennung verlange?

5. Nichts desto weniger scheint die Meinung gegründeter zu seyn, daß es bey der Trennung wegen unüberwindlicher Abneigung auf die Wechselseitigkeit der letztern nicht nothwendig ankomme. Denn das jetzt bestehende allgemeine bürgerliche Gesetzbuch redet von der unüberwindlichen Abneigung im Allgemeinen, ohne nähere Bestimmung. Dieser allgemeine Ausdruck begreift sowohl die einseitige als die gegenseitige in sich. Auch die Nr. 1 angeführten Gründe, aus welchen dieser Trennungsgrund in das neue bürgerliche Gesetzbuch wieder aufgenommen worden, passen wenigstens zum Theil auf beyde. Man findet daher weder in den Worten, noch in

Digitized by Google

den Gründen des Gesetzes eine Ursache, die einseitige Abneigung von der Anordnung des Gesetzes auszuschließen. Wie viele Mühe hätte es denn wohl gekostet, das Wort: wechselseitige beyzusetzen, wenn dieß in der Absicht der Gesetzgebung gelegen hätte? Der Ausdruck: zwischen den Ehegatten, welchen die ältern Ehegesetze brauchen, ist kein sicherer Beweis, daß dadurch eine in den Gemüthern beyder Ehegatten vorgegangene Veränderung bezeichnet werde. Man spricht ja von einer zwischen zwey Freunden ausgebrochenen Feindschaft, wenn auch nur des Einen Gemüth sich von dem Andern auf eine auffallende Art abgewendet hat. Gesetzt aber, gedachter Ausdruck zeige in den früheren Ehegesetzen wirklich die Wechselseitigkeit der Abneigung an, so findet man ja denselben in dem neuen a. b. G. B. nicht mehr, woraus zu schließen ist, daß wenigstens in diesem die wechselseitige Abneigung nicht mehr gefordert werde, weil man nicht annehmen kann, daß der Gesetzgeber darin ohne alle Absicht den Ausdruck geändert habe. Noch deutlicher wird die Sache aus dem für das Herzogthum Salzburg am 13. April 1808 erlassenen Ehegesetze, in welchem die unüberwindliche Abneigung schon wieder als Trennungsgrund erscheint; denn darin lautet die hieher gehörige Stelle so: »eine »unüberwindliche Abneigung; wenn beyde Ehegatten »die Auflösung verlangen.« Hier wird nur eine unüberwindliche Abneigung, die einseitig oder wechselseitig seyn kann, und der Umstand erfordert, daß beyde Ehegatten die Trennung begehren. Die Worte: wegen welcher, woraus man die Wechselseitigkeit der Abneigung folgern will, erscheinen in dieser Textirung gar nicht, sondern statt derselben bedient sich das Gesetz des Bindewortes: wenn. Da aber dieses Wörtchen den Irrwahn veranlassen könnte, daß die unüberwindliche Abneigung, und das Verlangen der Trennung von Seite beyder Ehegatten zwey verschiedene Trennungsgründe ausmachen, welcher Sinn durch das nach dem Worte: Abneigung hingesetzte Semicolon (;) von dem Corrector des Abdrucks wirklich in das Salzburgische Ehegesetz hineingelegt worden war, so fand man zur Vermeidung eines ähnlichen Mißverstandes für die Zukunft es für nöthig, in dem neuen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche die Partikel: wenn, mit den Worten: wegen welcher, zu vertauschen. Aus dieser hi-

Digitized by Google

storisch wahren Darstellung des Entstehens der gegenwärtigen Textirung derjenigen Stelle des a. b. G. B., welche den fraglichen Trennungsgrund ausspricht, erhellet zur Genüge, daß bey der Wahl des Ausdrucks: wegen welcher, gar nicht darauf gedacht worden sey, durch denselben die Wechselseitigkeit der unüberwindlichen Abneigung anzudeuten. Auch läßt es sich ganz wohl begreifen, wie es zugehen könne, daß beyde Ehegatten die Auflösung des Ehebandes verlangen, obgleich die Abneigung zwischen ihnen nicht wechselseitig ist. Ein Ehegatte, der gegen den andern eine Abneigung gefaßt hat, kränkt den andern so sehr, oder verspricht ihm so ansehnliche Vortheile, oder überlistet ihn auf irgend eine Art so, daß dieser, obschon er in seinem Herzen noch immer keinen Abscheu gegen den erstern fühlt, sich doch entschließt, ihm nachzugeben und zugleich mit ihm die Trennung der Ehe zu begehren. Oder ein Ehegatte fühlt es selbst, daß er wegen seiner Grausen erregenden körperlichen Gebrechen unmöglich mehr eine Zuneigung des andern erwarten könne, und biethet daher gutwillig die Hand zum gemeinschaftlichen Trennungsgesuche. Es kann auch seyn, daß ein Ehegatte, welcher sich von dem andern bey jeder Gelegenheit zurückgestoßen sieht, es unter seiner Würde hält, sich demselben aufzudringen, und dadurch bestimmt wird, das ihm vorgelegte Trennungsgesuch mit zu unterschreiben. Die Gefahr leichtfertiger Ehetrennung ist freylich bey der behaupteten Meinung nicht zu läugnen, aber auch bey der entgegengesetzten nicht zu vermeiden, weil allen Collusionen zwischen den Eheleuten nicht vorgebeugt werden kann. Uebrigens hat unsere Gesetzgebung dergleichen Mißbräuchen durch verschiedene Maßregeln, die wir bey Auseinandersetzung des Verfahrens weiter unten anführen werden, so viel es sich nur immer thun ließ, gesteuert. Endlich kann man nicht in Abrede stellen, daß die unüberwindliche Abneigung ihren Ursprung und ihre Existenz gar oft einem der fünf übrigen im §. 115 aufgezählten Trennungsgründe verdanke; daß aber der schuldlose Theil, der aus einem solchen speciellen Grunde die Ehetrennung zu fordern berechtiget ist, Bedenken trage, denselben geltend zu machen, um Aufsehen und Aergerniß zu vermeiden, sich oder andern eine öffentliche Kränkung zu ersparen, oder manchen üblen Folgen auszuweichen, welche für ihn oder einen Andern durch Anführung des

besondern Trennungsgrundes herbeygeführt werden könnten. Diese schonenden und humanen Rücksichten scheint der Oesterreichische Gesetzgeber gewürdiget, und den fünf speciellen Trennungsgründen noch den allgemeinen der unüberwindlichen Abneigung deßwegen beygefügt zu haben, um dem beleidigten Ehegatten ein Mittel an die Hand zu geben, sein Recht auf Trennung auch in dem Falle durchzusetzen, wo er es für bedenklich finden muß, sich des besondern, für ihn sprechenden, Trennungsgrundes zu bedienen. Nun fällt es in die Augen, daß die fünf speciellen Trennungsgründe nicht wechselseitig zu seyn brauchen, sondern daß es genug sey, wenn auf Seite des einen Ehegatten einer derselben eintritt, um dem andern Ehegatten ein Recht auf Ehetrennung zu geben. Wäre aber bey der unüberwindlichen Abneigung die Wechselseitigkeit erforderlich, so würde diese schonende Absicht des Gesetzgebers ganz vereitelt. Es würde also gerade dem schuldlosen Ehegatten, der aus Humanitäts-Rücksichten oder Klugheitsgründen sich bewogen fände, den speciellen Trennungsgrund nicht geltend zu machen, die Wohlthat des generellen nicht zu Statten kommen. Er müßte ein Opfer seiner edlen Gesinnungen werden, und wäre vielleicht lebenslänglich entweder unglücklich oder gar den größten Gefahren ausgesetzt. Da dieses der Wille des humanen Gesetzgebers nicht seyn kann, so scheint es, daß nach seiner Absicht die Wechselseitigkeit der unüberwindlichen Abneigung zur Trennung der Ehe nicht erfordert werde, sondern daß hierzu eine unüberwindliche Abneigung, gleichviel ob sie einseitig oder wechselseitig sey, genüge, wenn nur wegen derselben beyde Eheleute die Ehetrennung ansuchen [1].

---

1 Bey protestantischen Schriftstellern habe ich zwar diese Frage eigens behandelt nicht gefunden; sie scheinen jedoch die einseitige Abneigung nicht auszuschließen, weil sie meistens überhaupt von unauslöschlichem oder unversöhnlichem Haß, von unüberwindlicher Abneigung reden. Böhmer im Jus eccl. Protestant. T. IV. ad Lib. IV. tit. XIX. Decretal. §. XLII. pag. 378–382, verwirft überhaupt die causam divortii ex moribus intolerabilibus, ex animorum alienatione vel ex inimicitiis tractam; seine Gründe sind größten Theils gegen die einseitige Abneigung gerichtet, und selbst der zur Beleuchtung angeführte Rechtsfall betrifft nur dieselbe, woraus ersichtlich ist, daß zu seiner Zeit die Zulässigkeit der Divortien auch

Digitized by Google

6. Eine andere Frage ist es, ob die unüberwindliche Abneigung bewiesen werde müsse, oder ob dieselbe von dem Gesetze angenommen werde, so bald die zwey letzten, Nr. 3 erwähnten, Erfordernisse eintreten. So viel ist wohl klar, daß eine Unüberwindlichkeit der Abneigung noch nicht angenommen werden könne, wenn nur das zweyte Erforderniß eintritt, d. i. sobald beyde Ehegatten die Trennung verlangen, weil das Gesetz durch das dritte Erforderniß, nähmlich durch die vorher zu versuchende Scheidung von Tisch und Bett, ein Mittel vorschreibt, die Abneigung vielleicht noch zu heben. Aber darüber kann allerdings gezweifelt werden, ob von dem Richter ohne weitern Beweis wenigstens eine unter den Ehegatten herrschende Abneigung schon deßwegen als wirklich vorhanden anzunehmen sey, weil beyde Ehegatten die Trennung verlangen, welches gewöhnlich dadurch geschieht, daß beyde das Trennungsgesuch unterschreiben.

7. Gründe für die bejahende Meinung sind:

a) Nur über Facta kann und muß der Beweis hergestellt werden; die Abneigung aber ist kein Factum, sondern ein Gemüthszustand, der eines Beweises oder einer gesetzmäßigen Erhebung auf ämtliche Weise nicht fähig ist. Daß zwischen Ehegatten, welche einstimmig die Auflösung der Ehe verlangen, eine wahre Zuneigung, ein freundliches Wohlwollen, ein Verlangen nach engern Verhältnissen bestehe, kann gewiß nicht angenommen werden. Schon das Factum des beyderseitigen Verlangens nach Trennung beweiset eine zwischen ihnen herrschende Abneigung. Wozu also ein Beweis derselben? Der wahre Zustand des Innern anderer Menschen ist dem menschlichen Richter unerforschlich, und nur dem, der Herzen und Nieren prüft, bekannt.

b) Scheint für diese Meinung auch die Analogie zu sprechen. Wenn beyde Ehegatten einverständlich die Scheidung von Tisch und Bett verlangen, so liegt diesem Gesuche gewiß auch eine Abneigung zum Grunde, und doch sind sie nicht schuldig, dieselbe zu beweisen, sondern sie wird ohne weiters angenommen, wenn nur das Gesuch um Scheidung von beyden gestellt worden.

---

wegen einseitiger Abneigung behauptet wurde, weil er dagegen zu schreiben nöthig fand.

Digitized by Google

c) Ein Beweis ist nur in einem Rechtsstreite erforderlich, in welchem ein Urtheil erfolgen soll; hier aber ist zwischen den Eheleuten kein Rechtsstreit, ob die Trennung Statt haben soll. Beyde wünschen vielmehr dieselbe, und sind darin ganz einverstanden. Deßwegen spricht in einem solchen Falle das Gesetz auch von keinem auf die Trennung der Ehe zu schöpfenden Urtheile, sondern die §§. 115 und 1266 des a. b. G. B. sagen nur, die Trennung werde verwilliget.

8. So stark auch diese Gründe seyn mögen, so dürften sie doch nicht entscheidend seyn. Die verneinende Meinung stellt sich als dem Gesetze gemäßer dar. Nach Aufzählung sämmtlicher gesetzlichen Trennungsgründe und unmittelbar nach dem letzten, nähmlich nach der unüberwindlichen Abneigung, befiehlt das Ende des §. 115, daß in allen diesen Fällen nach eben den Vorschriften zu handeln sey, welche für die Untersuchung und Beurtheilung einer ungültigen Ehe gegeben sind. Bey dieser Untersuchung und Beurtheilung aber muß nach §. 99 das Ehehinderniß, wegen dessen die Ungültigerklärung der Ehe begehret wird, vollständig erwiesen werden; also muß auch bey der Untersuchung und Beurtheilung, ob einer Ehetrennung Platz gegeben werden soll, in allen Fällen der Beweis des Trennungsgrundes vollständig hergestellt werden, mithin auch in dem Falle, wenn die Trennung wegen Abneigung angesucht wird. Sonst müßte man zugeben, daß in diesem Falle eigentlich das übereinstimmende Geständniß beyder Ehegatten den Beweis mache, welches doch, wenn man das Ende des §. 115 mit dem Ende des §. 99 vergleicht, keineswegs als ein Beweis zugelassen werden kann. Auch die Ungültigerklärung der Ehe kann im Falle eines obwaltenden Ehehindernisses des öffentlichen Rechtes von beyden Ehegatten verlangt, und doch muß die Ursache der Ungültigkeit der Ehe, nähmlich das Ehehinderniß bewiesen werden. Endlich wird in der durch das Hofkanzley-Decret vom 22. Julius, und Justiz-Hofdecret vom 23. August 1819, Nr. 1595, kundgemachten Vorschrift über das Verfahren in streitigen Eheangelegenheiten §. 13 die Unzulässigkeit des Beweises durch das Geständniß der Ehegatten in Fällen einer Untersuchung über angesuchte Trennung der Ehe deutlich anerkannt, und §. 14 ausdrücklich angeordnet, daß in solchen Fällen der Richter die

Digitized by Google

ganze Verhandlung so leiten soll, daß das Recht, die Auflösung der Ehe zu verlangen, entweder ohne Rücksicht auf eigenes Geständniß oder Uebereinkommen der Eheleute klar erwiesen, oder die Unmöglichkeit dieses Beweises außer Zweifel gesetzt werde. Von dieser allgemeinen Anordnung ist keine Ausnahme für den Fall gemacht, da die Trennung der Ehe wegen unüberwindlicher Abneigung angesucht wird, vielmehr heißt es überhaupt, folglich auch für diesen Fall, daß in Ansehung des Beweises auf das eigene Geständniß oder Uebereinkommen der Eheleute keine Rücksicht zu nehmen sey, welches doch offenbar geschehen würde, wenn die Abneigung der Ehegatten schon deßwegen für rechtlich gewiß angenommen werden sollte, weil beyde Eheleute dieselbe verlangen. Endlich wenn der Gesetzgeber keinen Beweis der Abneigung hat haben wollen, warum hat er nicht eben so, wie eine Scheidung, auch eine Trennung mit Einverständniß der Eheleute angeordnet?

9. Auf die Gegengründe Nr. 7 läßt sichs antworten:

Auf den ersten. Die Abneigung eines Ehegatten gegen den andern ist freylich keine äußere Handlung, die unmittelbar durch die Sinne wahrgenommen werden könnte, sondern nur ein Gemüthszustand, dessen sich nur derjenige, der darein versetzt ist, nicht auch ein Anderer, bewußt seyn kann; aber daraus folgt noch nicht, daß aller Beweis der Wirklichkeit desselben schlechterdings unmöglich, und es unumgänglich nöthig sey, dessen Existenz anzunehmen, sobald beyde Eheleute in ihrem Trennungsgesuche sich darauf berufen. Das Letztere wäre doch gar zu bedenklich. Die Abneigung könnte, um gewisse Zwecke zu erreichen, erdichtet und bloß vorgegeben seyn. Wegen einer in der That nicht vorhandenen Abneigung aber will das Gesetz gewiß die Trennung nicht gestatten. Beyde Ehegatten sind hier Kläger. Ihr Gegner ist der Defensor matrimonii. Sie stützen ihre Klage auf den Grund der unüberwindlichen Abneigung. Der Kläger aber muß den Grund seiner Klage erweisen. Also müssen auch die beyden Eheleute dem Richter Materialien liefern, woraus er auf ihre Abneigung rechtlich schließen, und eine feste Grundlage zu einem gesetzmäßigen Erkenntnisse erhalten kann. Es gibt allerdings eine Art indirecter Probe, wodurch die Abneigung des einen Ehegatten gegen den andern sich darthun läßt. Wenn diese wirklich vor-

Digitized by Google

handen ist, pflegt sie sich fast immer durch äußere Handlungen und Zeichen kund zu geben, z. B. die Eheleute zanken oft mit einander, sie machen sich Vorwürfe, Einer klagt bey Nachbarn und Bekannten über den andern, spricht mit Abscheu und Verachtung von ihm, gibt öffentlich Ursachen an, warum er ihn nicht lieben könne, meidet alles Gespräch und den Umgang mit ihm, sondert sich eigenmächtig von ihm ab, oder bewirkt gar eine gerichtliche Scheidung von Tisch und Bett ꝛc. Wenigstens offenbaret sich eine Disharmonie dadurch, daß die der Umgebung bekannte Art und Weise, auf welche die Ehegatten einander vorher behandelten, geändert erscheint. Dergleichen Thatsachen und Umstände können durch Zeugen oder schriftliche Aufsätze erwiesen, und daraus mit ziemlicher Gewißheit geschlossen werden, daß das im Trennungsgesuche enthaltene Vorgeben der Abneigung nicht grundlos sey. Einen andern Beweis werden wir noch weiter unten (Nr. 11) kennen lernen.

Auf den zweyten. Die einverständliche Scheidung von Tisch und Bett wird nicht immer wegen Abneigung begehrt. Es kann dem Gesuche ein anderer Zweck zum Grunde liegen, z. B. um sich nicht zum Beyschlafe, der einem oder dem andern Theile höchst schädlich ist, zu reitzen, um leichter der Andacht oder gewissen Beschäftigungen obzuliegen ꝛc. Ist aber auch wirkliche Abneigung der Grund des gemeinschaftlichen Ansuchens um Scheidung, so muß man bedenken, daß die Trennung der Ehe eine viel wichtigere und einflußreichere Handlung ist, als die Scheidung von Tisch und Bett, und daher bey der erstern nicht immer alles gestattet werden könne, was bey der letztern angeht. Das Hofkanzley-Decret vom 22. Julius 1819 sagt selbst im §. 13, daß die für das Verfahren über die Scheidung von Tisch und Bett geltenden Vorschriften auf die Trennung der Ehe nur in so ferne anzuwenden seyen, als sie sich mit den Anordnungen des Gesetzes über die Aufrechthaltung der Ehen vereinigen lassen; für die dem Richter zur Pflicht gemachte Aufrechthaltung der Ehe ist aber gewiß besser gesorgt, wenn er das Daseyn einer Abneigung zwischen den Ehegatten nicht auf ihr bloßes Wort glauben, sondern auch nach ihrem bisherigen Betragen und andern Umständen beurtheilen darf.

Digitized by Google

Auf den dritten. Im Falle der wegen unüberwindlicher Abneigung verlangten Trennung waltet freylich zwischen den beyden Eheleuten kein Rechtsstreit ob, aber wohl einer, der von ihnen beyden gegen den Defensor matrimonii als Vertreter des öffentlichen Interesse geführt wird. Gegen diesen muß also der gesetzliche Grund der Trennung allerdings, in so weit es dessen Natur zuläßt, bewiesen werden, wenn gleich das richterliche Erkenntniß über diesen Streit nicht ein Urtheil, sondern eine Verwilligung in den Gesetzen genannt wird; denn auch das Erkenntniß über das Ansuchen einer Todeserklärung, um zu einer neuen Ehe schreiten zu können, wird im §. 114 des allg. bürgerl. Gesetzbuches eine Bewilligung genannt, und doch ist nach §. 112 gewiß, daß dabey ein Beweis solcher Umstände der Abwesenheit des vermißten Ehegatten erfordert werde, welche keinen Zweifel übrig lassen, daß der Abwesende verstorben sey. Bey Erörterung des Verfahrens in Trennungsangelegenheiten wird überdieß gezeigt werden, daß auch in dem Falle, wo die Trennung von beyden Ehegatten in Gemeinschaft wegen unüberwindlicher Abneigung begehret wird, das richterliche Erkenntniß hierüber ein wirkliches Urtheil sey.

10. Hingegen die Unüberwindlichkeit der Abneigung scheint wirklich keines besondern Beweises zu bedürfen, sondern sie muß vom Richter angenommen werden, wenn das dritte oben (Nr. 3) erwähnte Erforderniß eintritt, d. h. wenn vorerst eine Scheidung von Tisch und Bett, und zwar nach Beschaffenheit der Umstände zu wiederhohlten Mahlen, fruchtlos versucht worden, auch der Richter sonst nach §. 16 des Hofkanzley-Decretes vom 22. Julius 1819 durch zweckmäßige Vorstellungen eine gütliche Ausgleichung zu bewirken, und die getrennten Gemüther wieder zu vereinigen vergebens sich bestrebet hat. Denn eine unüberwindliche Abneigung ist dann vorhanden, wenn keine Hoffnung übrig bleibt, sie zu heben; dieses ist aber offenbar der Fall, wenn alle eben erwähnten Versuche ohne Erfolg geblieben sind. Was der Richter noch weiter thun sollte, um den Zweck der Wiedervereinigung zu erreichen, läßt sich wahrlich nicht absehen. Das Ehe-Patent §. 53 und das Josephinische bürgerl. Gesetzbuch §. 108, deren Anordnungen nur abgekürzt, in das jetzt geltende allg. bürgerl. Gesetzbuch überge-

Digitized by Google

gangen sind, betrachten offenbar, nachdem alle oben gedachten Mittel angewendet worden, aber fehlgeschlagen haben, und alle Hoffnung verschwunden ist, dergleichen Eheleute in Eintracht jemahls wieder zu vereinigen, die Abneigung als unüberwindlich, weil sie verordnen, daß alsdann die Gerichte zur gänzlichen Ehescheidung schreiten können. Es ist auch nicht zu begreifen, wie die Unüberwindlichkeit der Abneigung, d. i. die Eigenschaft eines Seelenzustandes anders bewiesen werden könnte als dadurch, daß alle Mittel, die man für die besten zur Herstellung der Einigkeit unter den Eheleuten hält, und deßwegen vorschreibt, keinen Erfolg haben.

11. Ferner kann gefragt werden, ob der Richter bey einer wegen unüberwindlicher Abneigung angesuchten Ehetrennung auf den Grund der ersten dringen, ihren Ursprung erforschen dürfe? Der Richter kann und muß verlangen, daß ihm die Eheleute über die zwischen ihnen herrschende Abneigung, als über den Grund des von ihnen angesprochenen Rechtes auf Trennung, einen Beweis liefern (Nr. 8 und 9); dieser aber wird am leichtesten und überzeugendsten dadurch geführt, daß die Eheleute dem Richter die Anlässe und Entstehungsursachen ihrer Zwietracht angeben und beweisen. Ohne Kenntniß dieser Ursachen hätte der Richter keinen festen Anhaltspunct bey der Beurtheilung und Entscheidung, sondern wäre oft ein blindes Werkzeug einer aufwallenden Leidenschaft der Eheleute. Gesetzt, zwey Eheleute von gemeinem Stande haben sich ein Mahl gezankt, sie wollen nun durchaus nicht mehr miteinander leben, und berufen sich auf ihre unüberwindliche Abneigung. Hätte der Richter sich nicht zu bekümmern, wie die vorgebliche unüberwindliche Abneigung entstanden sey, liefe er in einem solchen Falle nicht offenbar Gefahr, die Verhandlung falsch zu leiten, eine unüberwindliche Abneigung zu sehen, wo sie nicht ist, und ein Urtheil zu fällen, welches kein protestantisches Consistorium schöpfen würde? Nach §. 16 des Hofkanzley-Decretes vom 22. Julius 1819 soll der Richter nach Beschaffenheit der Umstände, d. i. wo diese eine Aussöhnung der Eheleute hoffen lassen, eine gütliche Ausgleichung zu bewirken, und die getrennten Gemüther wieder zu vereinigen suchen. Wie sollte er aber dieses zu thun im Stande seyn, wenn er die Ursache und den Ursprung der eingerissenen Abneigung nicht kennt? Diese kann auf einem Mißver-

Digitized by Google

ständnisse, auf einem Vorurtheile, auf einem bloßen Argwohn oder grundlosen Verdacht beruhen. Wie soll er das Mißverständniß heben, das Vorurtheil widerlegen, den Argwohn beseitigen, die Grundlosigkeit des Verdachtes aufdecken, und so die Abneigung zu überwinden trachten, wenn ihm die Ursache und Entstehung davon unbekannt sind, und er denselben nicht einmahl nachforschen darf?

12. Die angeführten Gründe dürfen allerdings so viel beweisen, daß, wenn die Eheleute in ihrem Gesuche nicht von freyen Stücken die Entstehungsursache der zwischen ihnen herrschenden Abneigung erzählen, der Richter befugt sey, sie darum zu befragen, und im Entdeckungsfalle auch den Beweis davon zu fordern; theils um daraus auf die Wirklichkeit der Abneigung einen Schluß machen zu können; theils um sich den Wiedervereinigungsversuch zu erleichtern. Aber wenn die Eheleute sich weigern, ihm den Grund und Ursprung derselben zu entdecken, oder versichern, sich dessen selbst nicht bewußt zu seyn, so scheint der Richter weder die Befugniß, noch die Pflicht zu haben, weiter in sie zu dringen. Jedoch läßt sich nicht behaupten, daß die Abschlagung des Trennungsgesuches die nothwendige Folge einer solchen Erklärung seyn müsse, vorausgesetzt, daß die Eheleute durch andere Beweise den Richter von der Wahrheit ihrer Abneigung zu überzeugen im Stande sind. Einmahl hat die Trennung der Ehe wegen unüberwindlicher Abneigung die größte Analogie mit der einverständlichen Scheidung von Tisch und Bett; diese aber hat der Richter nach §. 105 des a. b. G. B. ohne Erforschung der Ursachen, warum die Ehegatten geschieden seyn wollen, also auch ohne Erhebung des Grundes ihrer Abneigung zu bewilligen. Das Nähmliche wird also auch von jener, in so weit es die Natur der Sache zuläßt, zu gelten haben. Dann hat die unüberwindliche Abneigung nicht selten zur Quelle solche Handlungen, die unter die schweren Polizey-Uebertretungen (§. 255 II. Thl. des Str. G. B.), oder gar unter die Verbrechen, wie z. B. die Nachstellungen, gehören. Ein Ehegatte ist nicht schuldig, dergleichen strafwürdige Handlungen des andern der Obrigkeit anzuzeigen oder gerichtlich zu bezeugen, und er soll verbunden seyn, sie dem Civil-Richter, von welchem die Kenntniß davon entweder nothwendig oder doch sehr leicht an das Strafge-

Digitized by Google

richt gelangen würde, zu entdecken, und zwar bey Verlust des Rechtes auf Trennung, dessen gesetzlichen Grund, nähmlich die unüberwindliche Abneigung, er auf eine andere Art zu erweisen erbiethig und vermögend ist? Oft ist in die Begebenheit, welche die Entstehungsursache der Abneigung ausmacht, eine dritte angesehene, mächtige, einflußreiche, bisher in friedlicher Ehe lebende Person verwickelt. Sollen die Trennungswerber, um ihren Zweck zu erreichen, gehalten seyn, diesen Dritten öffentlich zu prostituiren, die Eintracht seiner Ehe zu stören, sich dessen Rache und Verfolgung Preis zu geben, den Haß seiner Verwandtschaft auf sich zu laden, öffentliches Aufsehen zu erregen ꝛc.? Solche Opfer scheint unsere Gesetzgebung nicht zu fordern, vielmehr scheint sie, wie schon ein anderes Mahl (Nr. 5) erinnert worden, die unüberwindliche Abneigung auch in der Absicht in die Zahl der Trennungsgründe aufgenommen zu haben, um Eheleute, die aus Schonung gegen einander oder gegen Andere Anstand nehmen müssen, den wahren Trennungsgrund zu offenbaren, die Geltendmachung ihres Rechts auf Trennung ohne eigene und fremde Schande oder Gefahr möglich zu machen, indem sie den Beweis einer wirklich bestehenden Abneigung herstellen, welches auch ohne gerichtliche Angabe der Entstehungsursache derselben geschehen kann (Nr. 9).

13. Noch weniger kann der Richter berechtiget oder gar verpflichtet seyn, ämtliche Untersuchung darüber anzustellen, warum und wie die unüberwindliche Abneigung zwischen den Ehegatten entstanden sey. In den meisten Fällen dürfte eine solche Nachforschung ohne Erfolg bleiben. Der Richter müßte den individuellen Charakter, das Temperament, die physischen und geistigen Anlagen, deren Entwickelung und Ausbildung, die Erziehung, den Umgang des einen oder beyder Ehegatten durchforschen, er müßte alle Lebensumstände der Eheleute erheben, in die zartesten und heiligsten Geheimnisse der ehelichen Gesellschaft eindringen. Und hätte er endlich gleichsam den Spiegel ihres Lebens vor Augen, könnte er wohl mit Gewißheit absprechen, daß die unüberwindliche Abneigung eben aus der Ursache, die er in diesem Spiegel zu schauen glaubt, wirklich entsprungen sey? Wie oft weiß der sich selbst prüfende Mensch von dem Grunde seiner Neigungen und Abneigungen sich keine Rechenschaft geben, und ein anderer

Digitized by Google

sollte dieses mit Verlässigkeit zu thun im Stande seyn? Ueberhaupt beurkundet sich in unsern Matrimonial-Gesetzen (§§. 67, 84, 88, 104, 105, 117 des a. b. G. B.) durchaus eine zarte Schonung und öffentliche Heiligung der Familien-Verhältnisse. Indiscrete Aufdeckung von ärgerlichen Geschichten, Publicität geheimer ehelicher Verhältnisse, Aufsehen erregende Nachforschungen des häuslichen Lebens sind unserem Eherechte fremd, mithin auch in Trennungsangelegenheiten dem Geiste der Gesetzgebung nicht gemäß.

14. Es ist gewiß nicht schlechterdings nothwendig, daß der Richter die Veranlassung zu der unüberwindlichen Abneigung der Ehegatten wisse, um den Versuch zur Wiedervereinigung derselben anzustellen. Lassen sich die Eheleute nicht von freyen Stücken, oder auf Befragen des Richters herbey, ihm die Entstehungsursache ihrer Abneigung zu offenbaren, so handelt der Richter dem Geiste unserer Gesetzgebung gemäß, wenn er in diesem Falle eben so, wie es für andere Fälle vorgeschrieben ist, dem Seelsorger überläßt, der Quelle des Uebels bey uneinigen Eheleuten nachzuspüren und die sanftern Mittel religiöser Ermahnungen und Vorstellungen zur Verstopfung derselben anzuwenden. Ihm, als ihrem Gewissensrathe, werden auch die Eheleute lieber als dem Richter ihre Ehegeheimnisse anvertrauen, weil sie auf seine Verschwiegenheit zu rechnen gewohnt sind.

15. Der §. 12 des Hofkanzley-Decrets vom 22. Julius 1819 fordert nur in dem Falle, wo die Scheidung von Tisch und Bett von einem Ehegatten wider den Willen des andern begehrt und durch Urtheil bewilliget wird, zugleich ein ausdrückliches Erkenntniß darüber, wer an der Scheidung Schuld trage; nicht aber auch in dem Falle, wo beyde Ehegatten einverständlich die Scheidung verlangen. Daher wird zu Folge des §. 13 des nähmlichen Hofkanzley-Decretes auch nur dann, wenn die Trennung bloß von einem Ehegatten gegen den Willen des andern verlangt, und durch Urtheil darauf erkannt wird, nicht aber auch dann, wenn beyde Eheleute im Einverständnisse wegen unüberwindlicher Abneigung die Trennung ansuchen, und diese bewilliget wird, zugleich darüber zu erkennen seyn, welcher Theil an der Trennung Schuld habe. Die Ursache dieser Verschiedenheit liegt nach dem §. 1266 des a. b. G. B. darin, daß es in dem ersten Falle von der Schuld

Digitized by Google

oder Unschuld eines Ehegatten abhängt, was ihm aus den Ehepacten gebühre; im zweyten Falle aber es in dieser Rücksicht auf die Schuld oder Schuldlosigkeit der Ehegatten gar nicht ankommt, weil die Ehepacte schon nach gesetzlicher Anordnung für beyde Theile erlöschen, in so fern darüber kein Vergleich getroffen wird. Daraus ergibt sich nun von selbst, daß aus der Vergleichung der §§. 12 und 13 des oben gedachten Hofkanzley-Decretes keine Nothwendigkeit für den Richter gefolgert werden könne, auf die Entstehungsursache der unüberwindlichen Abneigung zu dringen.

16. Da der Richter durch das Gesetz angewiesen ist, bevor er die Trennung wegen unüberwindlicher Abneigung verwilliget, eine Scheidung von Tisch und Bett zu veranstalten, ja diese nach Beschaffenheit der Umstände zu wiederhohlen, so kann die Frage entstehen, ob auch in diesem Falle die sonst bey der Scheidung §. 104 und 107 vorgeschriebenen gütlichen Vorstellungen des Pfarrers vorausgehen müssen. Der Zweifelsgrund besteht darin, daß es das Ansehen hat, als würde der Seelsorger dem Richter geradezu entgegen arbeiten und ihn außer Stand setzen, bey der Trennung nach dem Gesetze zu verfahren; denn des Pfarrers Pflicht bey dergleichen Vorstellungen wäre es, die Scheidung durch sein Zureden zu hintertreiben; des Richters Pflicht aber ist es, die Scheidung anzuordnen, bisweilen zu wiederhohlen. Wie können die beyden Pflichten neben einander bestehen? Zudem sind in dem §. 104 und §. 107 des a. b. G. B. die dreymahligen Ermahnungen des Seelsorgers nur für den Fall vorgeschrieben, wenn entweder beyde Eheleute oder wenigstens einer die Scheidung verlangt; in unserm Falle aber wird diese weder von beyden noch von einem Ehegatten verlangt. Beyde begehren die gänzliche Auflösung des Ehebandes. Bey der Trennung scheint also nicht der Fall, für welchen die Vorstellungen des Pfarrers vorgezeichnet sind, einzutreten, folglich der Richter dem Gesetze Genüge zu leisten, wenn er ohne vorläufiges Einschreiten des Seelsorgers eine Scheidung der Trennungswerber anordnet.

17. Allein diese Scheingründe verschwinden, wenn man sich die Betrachtung gegenwärtig hält, daß in unserem ganzen Eherechte die Idee vorherrschend ist, die ehelichen Verbindungen seyen nach Möglichkeit aufrecht zu erhalten. Der Gesetzgeber will die

Digitized by Google

Trennung der Ehen nicht begünstigen, sondern so viel es nur immer thunlich ist, beseitigen. Er hat daher nur in der Hoffnung, daß die einstweilige Absonderung der Eheleute die gereizten Gemüther abkühlen, und in ihnen den Wunsch nach vertrauterem Umgange wieder rege machen werde, vor Verwilligung der Trennung eine vorläufige Scheidung von Tisch und Bett angeordnet. Wird nun der Scheidung die dreymahlige Ermahnung des Seelsorgers vorausgeschickt, und sie erreichet ihren Zweck, nähmlich die Aussöhnung der Eheleute, so ist dadurch die Absicht des Gesetzgebers, die Trennung zu verhüthen, noch früher und noch vollkommener als durch die Scheidung selbst erreicht. Der Pfarrer arbeitet also durch seine Vorstellungen dem Richter keineswegs entgegen, sondern befördert vielmehr den Zweck des Gesetzgebers, den auch der Richter bey einer angesuchten Trennung stets im Auge behalten muß. Die Dazwischenkunft des Seelsorgers scheint hier um so nöthiger zu seyn, als der im §. 16 des Hofkanzley-Decretes vom 22. Julius 1819 befohlene Versuch der Wiedervereinigung ohne Kenntniß der Gründe der Abneigung wenig Erfolg verspricht; der Richter aber in die Erforschung dieser Gründe, welche nur zu oft jede Publicität scheuen, von Amtswegen nicht hinein gehen kann, sondern nur der Gewissensrath. Ueberdieß verordnet gedachtes Hofkanzley-Decret §. 13, daß in Fällen einer angesuchten Trennung der Ehe die über das Verfahren bey der Scheidung von Tisch und Bett gegebenen Vorschriften in Anwendung zu bringen sind; bey der Scheidung aber ist nach §. 104 und 107 des a. b. G. B. die allgemeine Regel, daß der dreymahlige Vereinigungsversuch des Seelsorgers vorausgehen soll. Von dieser Regel hat der Gesetzgeber in dem Falle der durch §. 115 angeordneten Scheidung keine Ausnahme gemacht, mithin kann auch keiner Statt gegeben werden, und dieses zwar um so weniger, als den Juden, die sich mit wechselseitiger Einwilligung trennen wolled, im §. 133 des a. b. G. B. ausdrücklich befohlen wird, sich zuerst bey ihrem Religionslehrer zu melden, welcher die nachdrücklichsten Vorstellungen zur Wiedervereinigung zu versuchen hat. Endlich heißt es ja in dem Hofdecrete vom 10. August 1821, Nr. 1789 der J. G. S. ausdrücklich: »In Hinsicht der Trennung und Schei» dung jüdischer Ehegatten, wenn ein Theil oder beyde zur christli» chen Religion übergetreten sind, haben Seine Majestät zu beschlie-

»ßen gerühet, daß vor der Trennung sowohl als vor der Schei»dung jüdischer Eheleute, wovon ein Theil zur christlichen Religion »übergetreten ist, jederzeit zuerst der competente christliche Seel»sorger und Religionslehrer dem christlich gewordenen Ehetheile »hierwegen die geeigneten Ermahnungen mache, wobey es ihm auch »unbenommen bleibt, dieselben gleichfalls dem jüdisch gebliebenen »Ehetheile, wenn derselbe freywillig seiner Einladung Gehör gibt, »zu Gemüthe zu führen. Nach fruchtlos versuchten Er»mahnungen des christlichen Religionslehrers hat »sodann das betreffende Gericht den Vergleichsversuch mit beyden »Eheleuten vorzunehmen, und erst, wenn auch dieser vergebens »war, sein Amt weiter nach den Gesetzen zu handeln.«

18. Nach §. 3 des Hofkanzley-Decretes vom 22. Julius 1819, kann die Scheidung von Tisch und Bett auf bestimmte oder unbestimmte Zeit bewilliget werden, welches auch dem canonischen Rechte gemäß ist. Si quis dixerit, ecclesiam errare, cum ob multas causas separationem inter conjuges quoad thorum seu cohabitationem ad certum incertumve tempus fieri posse decernit, anathema sit. can. 8. Conc. Trid. sess. 24. de sacram. matrim. Von welcher Art soll nun die Scheidung seyn, die der Richter bey einer wegen unüberwindlicher Abneigung verlangten Trennung der Ehe anzuordnen hat? Das Ehepatent im §. 52 und das Josephinische bürgerl. Gesetzbuch im §. 107 des dritten Hauptstückes sagen, der Richter soll in einem solchen Falle eine einstweilige Trennung (nach der jetzigen Terminologie, Scheidung) von Tisch und Bett veranlassen, welches eine Scheidung auf bestimmte Zeit anzudeuten scheint. Jüdische Eheleute, welche mit wechselseitiger Einwilligung getrennt zu werden begehren, soll der Richter nach §. 134 des allg. b. G. B. auf ein oder zwey Monathe, also auf eine bestimmte Zeit zurückweisen, welches bey christlichen Eheleuten durch die angeordnete Scheidung von Tisch und Bett geschieht. Es wäre auch die Wiederhohlung der Scheidung, die doch der §. 115 nach Beschaffenheit der Umstände befiehlt, nicht wohl begreiflich, wenn die Dauer der Scheidung nicht bestimmt würde. Appellationsrath Nippel[1] setzt diesen Grün-

[1] Erläuterung des a. b. G. B. II. B. S. 127.

den noch Einen zu. Würde eine Scheidung auf unbestimmte Zeit verfügt, so wäre zu erwarten, daß die Eheleute, welche die Trennung ihrer Ehe wünschen, in kurzer Zeit ihr Ansuchen wiederhohlen werden. Das Gericht würde dann mit in kurzer Zeit nachfolgenden Gesuchen überhäuft und in Verlegenheit gerathen, ob es dieselben ohne weiters als unzeitig zurückweisen, oder neue Erforschungen anstellen solle (das letztere wird wohl so viel bedeuten als: oder zur Verhandlung des Trennungsgrundes schreiten solle). Diesen Unzukömmlichkeiten wird aber begegnet, wenn gleich die Scheidung auf eine bestimmte Zeit angeordnet wird.

19. Dieser Gründe ungeachtet muß man doch behaupten, daß es, da das Gesetz hierüber nichts festsetzt, bloß von dem Ermessen des Richters abhänge, ob eine solche Scheidung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zu veranlassen sey. Im Grunde läuft wohl beydes zuletzt auf das Nähmliche hinaus. Denn schon nach dem Ehepatente §. 55 und dem Josephinischen bürgerl. Gesetzbuche §. 108, kann das Gericht wegen unüberwindlicher Abneigung nur dann zur Trennung schreiten, wenn beyde Eheleute dieselbe, nachdem alle Mittel zur Wiedervereinigung fehlgeschlagen sind, noch verlangen. In dem dermahligen allg. bürgerl Gesetzbuche geschieht zwar keine Meldung davon, daß, wenn einmahl die Scheidung von Tisch und Bett angeordnet worden, und die Eheleute doch auf der Trennung bestehen, ein erneuertes Ansuchen um letztere nothwendig sey; allein die Nothwendigkeit desselben ergibt sich theils daraus, daß es bey der Trennung um ein Privat-Recht zu thun ist, zu dessen Anerkennung der Richter, da er für die Aufrechthaltung des Ehebandes besorgt seyn muß, nach veranlaßter Scheidung gewiß keinen Schritt ohne wiederhohltes Ansuchen der Parteyen machen wird, theils aus der Analogie mit den Todeserklärungen §. 114 des a. b. G. B., wo ebenfalls eine Wiederhohlung des Gesuches nach Verlauf der Edictal-Frist erfordert wird, um den Richter zu weiteren Vorkehrungen in Thätigkeit zu setzen. Nun nehmen wir an, das Gericht ordne eine Scheidung auf eine gewisse Zeit an, so wird diese Zeit doch zu einer unbestimmten, wenn die Eheleute nach Verstreichung derselben ihr Gesuch um Trennung nicht erneuern. Gesetzt aber, der Richter habe eine Scheidung auf unbestimmte Zeit veranlaßt, so können die Eheleute die

Digitized by Google

Dauer derselben selbst dadurch bestimmen, daß sie neuerdings um die Trennung anlangen.

20. Die Anfangs angeführten Gründe für die Nothwendigkeit einer Scheidung auf bestimmte Zeit widerlegen sich von selbst. Die Scheidung bleibt, wie oben gezeigt worden, immer einstweilig, ihre Dauer mag vom Richter bestimmt seyn oder nicht. Die Analogie von der Zurückweisung jüdischer Eheleute auf gewisse Monathe paßt nicht, weil im §. 134 des a. b. G. B. von keiner vorläufigen Scheidung von Tisch und Bett die Rede ist. Die Wiederhohlung der Scheidung ist auch bey einer auf unbestimmte Zeit angeordneten möglich, wenn die Eheleute nach einiger Zeit von neuem um Trennung einkommen, und der Richter es für räthlich findet, noch einmahl eine Scheidung zu versuchen. Wenn ungeduldige Eheleute nach einer auf unbestimmte Zeit angeordneten Scheidung das Trennungsgesuch zu frühzeitig wiederhohlen, so steht es ja dem Richter frey, jetzt eine Scheidung auf eine bestimmte Zeit, vor deren Ablauf sie das Trennungsgesuch nicht erneuern dürfen, anzuordnen.

21. Es könnte sich fügen, daß die um Trennung ansuchenden Eheleute sich zu der vom Richter angeordneten Scheidung von Tisch und Bett nicht bequemen wollten, kann sie der Richter nichts desto weniger dazu anhalten? Für die verneinende Meinung lassen sich folgende Gründe anführen: Schon das im §. 115 gebrauchte Wort: versuchen, scheint anzudeuten, daß es auf die wirkliche Vollziehung der Scheidung eben nicht nothwendig ankomme, besonders wenn die Eheleute selbst davon nichts hören wollen, wozu sie bisweilen gute Gründe haben mögen. Der Zweck der vorläufigen Scheidung besteht ja darin, mittelst derselben, wo möglich die gänzliche Auflösung des Ehebandes zu hintertreiben. Dieser Zweck aber wird auf einige Zeit eben so gut erreicht, wenn die einander abgeneigten Eheleute beysammen wohnen, als wenn sie von Tisch und Bett geschieden werden. Es läßt sich nicht absehen, aus welchem Grunde und zu welchem Ende der Richter zwey Ehegatten scheiden sollte, die nicht verlangen, geschieden zu werden. Während ihres Zusammenwohnens kann doch eben so leicht und mit gleichem Erfolge an ihrer völligen Aussöhnung gearbeitet werden, als während ihrer Absonderung. Auch die Scheidungen

Digitized by Google

von Tisch und Bett will das Gesetz nicht begünstigen, sondern sucht vielmehr sie hintanzuhalten. Sogar in dem Falle, wo die Eheleute selbst auf Scheidung dringen, muß der Richter nach §. 3 des Hofkanzley-Decretes vom 22. Julius 1819 sich bemühen, die Sache dahin beyzulegen, daß das Scheidungsgesuch freywillig zurückgenommen werde. Um wie viel weniger wird er berechtiget, oder gar verpflichtet seyn, eine Scheidung zur Ausführung zu bringen, gegen welche sich die Ehegatten selbst sträuben? Allein das Wort versuchen dürfte, nach dem Zusammenhange der Rede zu urtheilen, wohl nur die Bedeutung haben: der Richter soll einen Versuch machen, ob nicht durch eine allenfalls wiederhohlte Scheidung der Trennung selbst vorgebeugt werden könne. Ist aber dieses der Sinn des gedachten Ausdruckes, so kann kein Zweifel obwalten, daß die wirkliche Veranstaltung der Scheidung nothwendig sey; denn wie soll durch die Scheidung ein Versuch der Wiedervereinigung geschehen, wenn die Scheidung selbst unterbleibt? In den meisten Fällen wird nur die vollzogene Scheidung ein Mittel seyn, die Eheleute zum Abstehen von dem Trennungsgesuche zu bewegen. So lang sie beysammen wohnen, kommen sie zu leicht in unangenehme Berührungen, die neuen Stoff zum Unfrieden und zur Abneigung liefern. Diese neuen Anläße zu Zwistigkeiten werden durch einstweilige Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft beseitiget; die Eheleute selbst aber bekommen dadurch einen Vorgeschmack der Folgen einer Trennung, werden aufmerksam gemacht auf die Entbehrungen, die mit der Trennung verbunden seyn würden, und so zum Nachdenken über die Lage gebracht, in welche sie durch die gänzliche Auflösung des Ehebandes gerathen könnten. So kann eine Aenderung der Gesinnungen erfolgen, und der Gedanke der Trennung aufgegeben werden. Durch Zwangsmittel kann nun freylich der Richter die Trennungswerber nicht anhalten, sich vorher einer Scheidung von Tisch und Bett zu unterwerfen, aber vorstellen kann und muß er ihnen, daß, wofern sie sich nicht eine vorläufige Scheidung gefallen lassen, er ihnen keine Trennung bewilligen könne, indem ihn das Gesetz durch das Wort: muß verpflichte, vor Bewilligung der Trennung die Scheidung vorzunehmen.

Digitized by Google

§. 250.

Ob, und wie sich die Scheidungs- und Trennungsgründe von einander unterscheiden.

1. Da die Scheidung von Tisch und Bett mit der Trennung der Ehe viele Aehnlichkeit hat, so möchte man wohl zuletzt noch die Frage zu stellen veranlaßt seyn, ob und wie sich die Scheidungs- und Trennungsursachen von einander unterscheiden? In dem Ehe-Patente und dem bürgerl. Gesetzbuche des Kaiser Joseph II. wurden keine Gründe der Scheidung von Tisch und Bett angegeben, weil nach §. 45 des ersten und §. 100 des letztern keine Scheidung anders als mit Einverständniß beyder Eheleute vor sich gehen konnte, wobey sich diese auf keine Ursache zu berufen brauchten. Eine Trennung der Ehe hingegen hatte nach eben denselben Gesetzen (§§. 50 — 53 des Ehe-Patentes und §§. 105 — 107 des Jos. b. G. B.) aus folgenden vier Ursachen Statt: 1. wegen Lebensnachstellungen; 2. wegen Ehebruches; 3. wegen boshafter Verlassung; 4. wegen einer Hauptfeindschaft oder unüberwindlichen Abneigung zwischen den Ehegatten. Das Hofdecret vom 13. October 1786 gestattete zwar in dem Falle, als der eine oder der andere Theil aus Bosheit in die Scheidung nicht einwilligen wollte, diese auch gegen den Willen desselben durch richterliches Erkenntniß; aber die Gründe, aus welchen ein solches Erkenntniß sollte geschöpft werden können, wurde weder durch dieses, noch durch irgend ein anderes von dem erwähnten Falle sprechendes Hofdecret, z. B. das vom 27. April 1787 und 24. Februar 1790 bestimmt. Bisher konnte also von einem Unterschiede zwischen Scheidungs- und Trennungsursachen keine Rede seyn. Erst das bürgerliche Gesetzbuch für West-Galizien vom Jahre 1797 setzte §. 108 die rechtmäßigen Gründe fest, aus welchen auf Begehren eines Ehegatten auch ohne Einwilligung des andern auf die Scheidung von Tisch und Bett vom Gerichte gesprochen werden konnte. Sie waren 1. Ehebruch; 2. Verlassung und Nichterscheinung innerhalb eines Jahres auf gerichtliche Vorladung; 3. gröbliche Mißhandlung, in so fern dabey zugleich das Leben eines Ehegatten, seine Gesundheit, ein beträchtlicher Theil seines Vermögens, oder wegen schlechten Beyspiels auch die guten Sitten in Gefahr

Digitized by Google

gesetzt werden. Zugleich erklärte oben gedachtes Gesetzbuch §. 109, daß die angeführten Gründe, welche einen katholischen Einwohner zur Scheidung von Tisch und Bett berechtigen, bey andern Religions-Verwandten auch zur gänzlichen Auflösung des Ehebandes hinreichend seyen. Nach dem Galizischen bürgerl. Gesetzbuche fand also zwischen den Scheidungs- und Trennungsursachen gar kein Unterschied Statt.

2. Anders verhält sich die Sache nach dem neuen a. b. G. B. Vergleicht man die §§. 109 und 115 desselben sorgfältig mit einander, so zeigt es sich, daß 1. einige Scheidungs- und einige Trennungsgründe ganz übereinstimmen. Dahin gehören der Ehebruch, und die dem Leben oder der Gesundheit gefährlichen Nachstellungen; daß es aber 2. Scheidungsgründe gebe, die nicht zugleich Trennungsgründe sind. Als solche stellen sich dar: der von einem Ehegatten geführte unordentliche Lebenswandel, wodurch ein beträchtlicher Theil des Vermögens des andern Ehegatten oder die guten Sitten der Familie in Gefahr gesetzt werden; ferner die nach dem Verhältnisse der Personen sehr empfindlichen widerhohlten Kränkungen; endlich anhaltende, mit Gefahr der Ansteckung verbundene Leibesgebrechen; daß 3. umgekehrt die unüberwindliche Abneigung zwar unter den Trennungs- nicht aber auch unter den Scheidungsgründen aufgezählt werde, welcher Unterschied jedoch, wie aus §. 49 Nr. 2 erhellet, mehr scheinbar als wirklich vorhanden ist, weil die Eheleute, wenn sie eine unüberwindliche Abneigung gegen einander haben, einverständlich auch um eine Scheidung ansuchen können. Daß endlich 4. drey Gründe bey der Trennung auf eine andere Art modificirt erscheinen als bey der Scheidung. So genüget es bey der Scheidung, wenn der Ehegatte eines Verbrechens für schuldig erklärt worden; zur Trennung aber wird noch erfordert, daß dieses Verbrechen die Verurtheilung zu einer wenigstens fünfjährigen Kerkerstrafe nach sich gezogen hat. Eben so ist das Recht auf Scheidung schon begründet, wenn ein Ehegatte den andern boshaft verlassen hat; hingegen um die Trennung begehren zu können ist überdieß noch erforderlich, daß, falls der Aufenthalsort eines solchen Ehegatten unbekannt ist, er auf öffentliche gerichtliche Vorladung innerhalb eines Jahres nicht erschienen ist. Endlich die Scheidung findet Statt wegen schwerer

Digitized by Google

Mißhandlungen, ohne daß sie wiederhohlt zu seyn brauchen; soll aber die Trennung Platz greifen, so müssen die schweren Mißhandlungen wiederhohlt seyn. Diese partielle Uebereinstimmung und Verschiedenheit läßt sich leicht erklären, wenn man theils das Wesen der Scheidung und Trennung selbst, theils die Gründe derselben in Hinsicht auf ihre Wichtigkeit in Erwägung zieht.

§. 251.

Uebergang auf die Trennung gemischter Ehen.

1. Nachdem alle gesetzlichen Trennungsgründe gehörig erörtert worden sind, bleibt nur noch des §. 115 letzter Satz, der den Ehetrennungs-Prozeß normirt, zu erörtern übrig. Da aber dieser Prozeß auch bey der Trennung gemischter Ehen Statt findet, so scheint es die Ordnung zu fordern, daß wir vorher von der Trennung gemischter Ehen handeln, um den Zusammenhang verwandter Gegenstände nicht zu zerreißen.

2. In der Lehre von der Trennung der Ehe durch richterliches Urtheil ist bisher immer vorausgesetzt worden, daß beyde Ehegatten, zwischen welchen eine solche Trennung vor sich gehen soll, akatholische Christen sind. Es war also bis jetzt bloß von Trennung rein akatholischer christlicher Ehen die Rede. Es gibt aber auch verschiedene Arten gemischter Ehen, deren Trennbarkeit in die Frage kommen kann. Einmahl lassen sich gemischte Ehen zwischen sowohl katholischen als akatholischen Christen und zwischen Juden denken, von deren Auflösbarkeit der §. 136 des b. G. B. handelt. Allein die Behandlung dieser Gattung gemischter Ehen bleibt hier ausgeschlossen, theils weil wir gegenwärtig den §. 136 nicht zu erörtern haben, theils weil die Auflösbarkeit solcher gemischter Ehen auf andern Grundsätzen beruhet, als der gemischten Ehen, die zwischen Christen bestehen. Ueber die Trennbarkeit der letztern sind in den §§. 111 und 116 des b. G. B. zwar nur kurze, aber inhaltreiche Verfügungen enthalten, deren Erörterung allein hieher gehört. Der Inhalt des erstern Paragraphes ist zwar schon oben (§. 190) kurz erklärt worden; es muß aber auf denselben hier abermahls Rücksicht genommen werden, um Vollständigkeit zu erreichen.

Digitized by Google

§. 252.

Begriff gemischter christlicher Ehen und verschiedene Classen derselben.

1. Um alle Fälle, deren Entscheidung in den angezeigten §§. 111 und 116 liegt, zu umfassen, muß der Begriff einer gemischten christlichen Ehe über die gewöhnliche Bedeutung hinaus erweitert, und unter derselben jede Ehe verstanden werden, in welcher die Ehegatten sich zu verschiedenen christlichen Religionen bekennen, oder wenigstens einmahl bekannt haben. In dieser Bedeutung gibt es drey Classen gemischter Ehen unter den Christen: 1) solche, die schon zur Zeit der Schließung gemischt waren und noch gemischt sind; 2) solche, die zwar in ihrem Ursprunge gemischt waren, aber in der Folge durch Uebertritt des einen Ehegatten zur Religion des andern gemischt zu seyn aufgehört haben; 3) solche, die zwar ursprünglich nicht gemischt waren, aber nach der Zeit durch Religionsveränderung der Eheleute gemischt geworden sind.

2. Die Classen gemischter Ehen können nach Verschiedenheit der christlichen Religion, wozu sich der eine oder der andere Theil des Ehepaares bekennt, a) entweder zwischen katholischen und akatholischen Christen, oder b) zwischen akatholischen Christen von verschiedener Confession unter sich Statt finden. Da jedoch der letztere Fall in rechtlicher Hinsicht keinen Unterschied bey allen drey Classen darbiethet, ja nicht einmahl eine Abweichung von der bey rein akatholischen Ehen geltenden Regel enthält, so wird von demselben nur Weniges am Ende zu sagen seyn. Den Hauptgegenstand der Abhandlung werden also die drey Classen gemischter Ehen zwischen Katholiken und akatholischen Christen ausmachen, bey welchen vorzüglich ihre Auflösbarkeit oder Unauflöslichkeit, nach Erforderniß aber auch die Frage zu untersuchen seyn wird, ob beyden Theilen, oder nur einem, und welchem Theile das Recht zustehe, die Trennung der Ehe zu fordern, und nach etwa erkannter Trennung zu einer neuen Ehe zu schreiten.

§. 253.

Erste Classe. Wenn die Ehe gleich Anfangs gemischt war und es noch ist.

1. Zu der ersten Classe gemischter Ehen zwischen katholischen und akatholischen Christen gehören nur folgende zwey Fälle:

Digitized by Google

a) Wenn schon zur Zeit der Schließung der Ehe ein Theil der katholischen, der andere Theil einer christlichen nicht katholischen, also entweder der protestantischen oder der nicht unirten griechischen Religion zugethan war, und diese Religionsverschiedenheit auch noch zur Zeit, als die Trennung der Ehe angesucht wird, obwaltet. Ob eine solche gemischte Ehe nach Oesterreichischen Gesetzen trennbar oder untrennbar sey, ließ sich aus dem Ehepatente vom Jahre 1783 §§. 44 und 49, und aus dem Josephinischen Gesetzbuche §§. 99 und 104 mit Gewißheit nicht entscheiden. Aber schon gegen das Ende des Jahres 1786 ward die Frage vorgelegt, nach was für Grundsätzen zu urtheilen sey, wenn in einer Ehe, wobey der eine Theil der katholischen, der andere der akatholischen Religion zugethan ist, ein Streit über die Auflösbarkeit entsteht. Das Hof-Decret vom 15. Januar 1787 erklärte, daß sich in einem solchen Falle nach der für die Katholiken festgesetzten Vorschrift zu halten sey, nach welcher bekanntlich keine Trennung der Ehe Statt findet, so lange beyde Eheleute leben. Das jetzt geltende a. b. G. B. hingegen setzt im §. 111 fest: »Eben so unauflöslich (als zwischen »katholischen Personen) ist das Band der Ehe, wenn auch nur ein »Theil schon zur Zeit der geschlossenen Ehe der katholischen Reli»gion zugethan war.« Nach dem angeführten Hofdecrete ist es zur Begründung der Unauflösbarkeit der Ehe schon genug, wenn ein Ehetheil der katholischen Religion zugethan ist, nach dem §. 111 aber reicht es dazu hin, wenn zur Zeit der Eheschließung ein Theil der katholischen Religion zugethan war; in dem oben gesetzten Falle treffen beyde Umstände, sowohl das: zugethan ist, als das: zugethan war, zusammen. Es kann daher kein Zweifel seyn, daß eine solche gemischte Ehe keiner Trennung unterliege. Die Ursache dieser gesetzlichen Bestimmung ist darin zu suchen: Dem akatholischen Theile ist es bekannt, daß ein Katholik nach den Grundsätzen seiner Religion die Ehe für eine unauflösliche Verbindung ansehe, und sie nicht anders als in dieser Eigenschaft schließen könne. Läßt er sich also mit einer katholischen Person in die eheliche Verbindung ein, so nimmt das Gesetz mit Recht an, daß er sich ebenfalls die Unauflösbarkeit derselben gefallen lasse, und auf die Auflösbarkeit, die ihm seine akatholische Religion und

Digitized by Google

in deren Gemäßheit auch das Gesetz für einige Fälle gestattet, von freyen Stücken verzichte.

b) Wenn zur Zeit der geschlossenen Ehe von den Eheleuten ein Theil zur katholischen, der andere zur akatholischen Religion sich bekannte; beyde Theile aber nachher die Religion so wechselten, daß der katholische Theil akatholisch und der akatholische katholisch wurde, ein Fall, der sich wohl äußerst selten ereignen dürfte. Auch in diesem Falle muß die Ehe für unauflöslich angesehen, und dieses kann aus den nähmlichen Gesetzen, die bey dem ersten Falle angeführt worden sind, und auf die nähmliche Art, wie es dort geschehen ist, erwiesen werden. Ueberdieß tritt außer dem für den ersten Fall geltenden Grunde hier noch ein neuer ein. Der katholisch gewordene Theil hat nun den katholischen Grundsatz von der Unauflösbarkeit der Ehe angenommen, er kann seiner Ueberzeugung nicht öffentlich entgegen handeln, also nicht die Trennung der Ehe begehren; dem akatholisch gewordenen Theile hingegen kann man ohne Gefahr sehr nachtheiliger Folgen keineswegs gestatten, daß er durch Verlassung der katholischen Religion ein Recht, das er vorher nicht hatte, erwerbe, nähmlich das Recht, die Trennung der Ehe zu verlangen.

§. 254.

Zweyte Classe. Wenn die Ehe ursprünglich gemischt war, aber in der Folge durch Uebertritt des einen Ehegatten zur Religion des andern gemischt zu seyn aufhörte.

Zu der zweyten Classe vermischter Ehen zwischen katholischen und akatholischen Christen sind ebenfalls nur zwey Fälle gehörig:

I. Wenn zu Anfang der Ehe ein Theil ein katholischer, der andere ein akatholischer Christ (Protestant oder nicht unirter Grieche) war, dieser aber später zur katholischen Religion übertrat. Für diesen Fall war die Unauflösbarkeit der Ehe schon in dem Ehepatente und in dem Josephinischen bürgerlichen Gesetzbuche ziemlich deutlich ausgesprochen; denn im §. 49 des erstern und §. 104 des letztern werden die Oesterreichischen Unterthanen, welche der katholischen Religion nicht zugethan sind, von der im §. 36 oder 98 gesetzten allgemeinen Regel wegen Unauflöslichkeit der Ehen in einigen Puncten entbunden. Daraus ergibt sich durch einen Schluß

a contrario, daß die im §. 36 des Ehepatentes und §. 98 des Josephinischen bürgerl. Gesetzbuches festgesetzte Regel wegen Unauflöslichkeit des Ehebandes für Personen, die der katholischen Religion zugethan sind, allgemein gelte; nun sind aber in dem oben angezeigten Falle beyde Eheleute, wenigstens nach der vorgegangenen Religionsänderung, der katholischen Religion zugethan; also konnte über die Unauflöslichkeit ihrer Ehe kein gegründeter Zweifel entstehen. Noch deutlicher ist dieselbe in den beyden Sätzen des §. 111 des jetzigen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches entschieden. In dem ersten Satze des erwähnten Paragraphes wird gesagt, daß das Band einer gültigen Ehe zwischen katholischen Personen nur durch den Tod des einen Ehegatten getrennt werden könne, ohne zu unterscheiden, ob die verehelichten Personen schon zur Zeit der geschlossenen Ehe beyde katholisch waren, oder es erst später geschah, daß beyde katholisch wurden. In unserm Falle trifft das Letztere ein. Die Religionsänderung des einen Ehegatten machte das Ehepaar katholisch, also kann nach den Worten des Gesetzes die Ehe nicht anders als durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst werden. In dem zweyten Satze des §. 111 wird das Band der Ehe ebenfalls für unauflöslich erklärt, wenn auch nur ein Theil schon zur Zeit der geschlossenen Ehe der katholischen Religion zugethan war; in dem oben angeführten Falle aber findet diese Voraussetzung wirklich Statt, folglich ist auch in dem zweyten Satze des §. 111 die Unauflöslichkeit der Ehe für den oben angedeuteten ersten Fall der gemischten Ehen von der zweyten Classe deutlich ausgesprochen.

II. Wenn zu Anfang der Ehe ein Ehegatte der katholischen, der andere einer christlichen akatholischen Religion zugethan war, und der Katholik nach der Zeit zur akatholischen Religion übergieng. Nach §. 49 des Ehepatentes und §. 104 des Jos. bürgerl. Gesetzbuches mußte in einem solchen Falle, weil die Eheleute der katholischen Religion nicht zugethan sind, für die Trennbarkeit der Ehe entschieden werden. Allein nach dem §. 111 des jetzigen allg. bürgerl. Gesetzbuches muß man eine solche Ehe für unauflöslich halten, weil es nach demselben zur Unauflöslichkeit des Ehebandes schon hinreicht, wenn zur Zeit der eingegangenen Ehe ein Theil der katholischen Religion zugethan war, welches in dem an-

Digitized by Google

geführten Falle vorausgesetzt wird. Die Ehe wird in einem solchen Falle aus dem im vorhergehenden §. angezeigten Grunde gleich Anfangs als unauflöslich geschlossen, und es wäre sehr gefährlich, zu gestatten, daß man sich durch den Uebertritt zu einer akatholischen Religion von diesem unauflöslichen Bande sollte befreyen können.

§. 255.

Dritte Classe. Wenn die Ehe Anfangs nicht gemischt war, aber nach der Zeit durch Religionsveränderung der Eheleute gemischt wird.

1. Wir kommen auf die dritte Classe gemischter Ehen zwischen katholischen und akatholischen Christen, zu welcher vorzüglich folgende Fälle zu rechnen sind:

A. Wenn zur Zeit der Schließung der Ehe beyde Ehegatten sich zur katholischen Religion bekannten, in der Folge aber ein Theil zu einer christlichen nicht katholischen Religion überging. Schon nach dem Ehe-Patente und dem Jos. bürgerl. Gesetzbuche mußte man die Unauflösbarkeit einer solchen Ehe behaupten; denn darin war §. 36 oder 98 die allgemeine Regel festgesetzt, daß das Band der Ehe, so lang beyde Eheleute leben, unter keinem Vorwande, also auch nicht unter dem Vorwande des Uebertrittes zur akatholischen Religion, getrennt werden könne; von dieser allgemeinen Regel wurden im §. 49 oder 104 nur Eheleute entbunden, welche der katholischen Religion nicht zugethan sind. Es werden hier beyde Eheleute gemeint; in unserm Falle aber sind nicht beyde Ehegatten, sondern es ist nur ein Theil der katholischen Religion nicht zugethan. Noch deutlicher geht die Unauflöslichkeit einer solchen Ehe aus dem Hof-Decrete vom 15. Januar 1787 hervor, als welches die in Ansehung der Katholiken bestehende Vorschrift über die Untrennbarkeit des Ehebandes überhaupt auch für den Fall ausspricht, wenn in einer Ehe der eine Theil der katholischen, der andere der akatholischen Religion zugethan ist, ein Fall der unter den oben angegebenen Umständen wirklich vorhanden ist. Nach dem jetzt geltenden a. b. G. B. §. 111 ist das Band der Ehe, wie zwischen katholischen Ehegatten, selbst dann unauflöslich, wenn auch nur ein Theil zur Zeit der geschlossenen Ehe der katholischen Religion zugethan war; also

Digitized by Google

ist es um so mehr unauflöslich, wenn, wie in unserm Falle, sogar beyde Ehegatten zur Zeit der geschlossenen Ehe sich zur katholischen Religion bekannten. Eine solche Ehe ist ursprünglich zwischen katholischen Personen, also unter der bey den Katholiken wesentlichen Bedingung der Unauflösbarkeit eingegangen worden. Es würde dem Leichtsinne, der Zügellosigkeit und selbst dem Abfalle von der katholischen Religion eine breite Thüre geöffnet, wenn ein katholischer Ehegatte durch seinen Uebertritt zu einer akatholischen Religion sich den Weg zur Auflösung des unauflöslich geknüpften Ehebandes bahnen könnte.

2. Der Fall, wenn beyde Anfangs katholisch gewesene Ehegatten nachher die akatholische Religion annehmen, gehöret zwar nicht mehr hierher, wo von gemischten Ehen zu handeln ist; aber der Vollständigkeit wegen muß doch hier, als an dem schicklichsten Orte, auch von demselben eine Meldung g emacht werden. Es ist offenbar, daß dem zweyten Satze des §. 111 zu Folge auch eine solche Ehe für untrennbar zu erklären sey. Nach demselben ist zur Begründung der Unauflösbarkeit schon genug, wenn auch nur ein Theil zur Zeit der geschlossenen Ehe sich zur katholischen Religion bekannte. Sie bleibt unauflösbar, wenn auch der katholische Theil nachher zur akatholischen Religion übertritt, mithin das Ehepaar ganz akatholisch wird. Das Gesetz fordert zur Untrennbarkeit nicht, daß der katholische Theil immerfort katholisch bleibe, sondern erklärt es für hinreichend, daß er zur Zeit der Schließung der Ehe katholisch war. Um wie vielmehr muß das Gesetz, um sich consequent zu bleiben, die Ehe für unauflösbar halten, wenn beyde Theile zur Zeit der Schließung der Ehe der katholischen Religion zugethan waren? Kann im ersten Falle der Uebertritt des katholischen Theiles zur akatholischen Religion nicht die Trennbarkeit der Ehe bewirken, obgleich dann beyde Ehegatten akatholisch sind; so wird auch in dem zweyten Falle der Uebertritt sowohl des einen als des andern zur Zeit der Schließung der Ehe katholischer Ehegatten die Wirkung nicht haben, daß sie jetzt, weil sie beyde akatholisch sind, die Auflösung der Ehe fordern könnten. Sie haben, da sie beyde Katholiken waren, ihre Ehe nach katholischen Grundsätzen geschlossen, die der Staat handhaben muß, wenn er sich nicht der Gefahr aussetzen will, daß alle mißvergnügten katholi-

Digitized by Google

schen Eheleute, um getrennt zu werden, von ihrer Religion abfallen. Kurz, es streiten für die Untrennbarkeit dieser Ehe noch in erhöhtem Grade alle Gründe, die für den Fall gelten, da nur einer von den katholischen Ehegatten zur akatholischen Religion übertritt. Nach dem Ehe-Patente §. 49 und Kaiser Josephs bürgerlichem Gesetzbuche §. 104, hätte für die Auflösbarkeit einer solchen Ehe gesprochen werden müssen, weil die gedachten Paragraphe sie jenen Ehegatten gestatten, welche der katholischen Religion nicht zugethan sind, ohne zu unterscheiden, ob sie bey Schließung der Ehe der katholischen Religion zugethan waren oder nicht.

B. Wenn zur Zeit der Eingehung der Ehe beyde Theile einer christlichen nicht katholischen Religion zugethan waren, aber nach der Zeit ein Theil zur katholischen Religion übertrat. Dieser Fall war in dem Ehe-Patente und in dem bürgerlichen Gesetzbuche Josephs II. unberücksichtiget geblieben. Das spätere Hof-Decret vom 15. Januar 1787 schien die Unauflösbarkeit einer solchen Ehe auszusprechen, indem es verordnete, daß, wenn in einer Ehe der eine Theil der katholischen, der andere der akatholischen Religion zugethan ist (wie sich in dem angeführten Falle die Sache nach der Religionsänderung des einen Theiles wirklich verhält), sich nach der für die Katholiken festgesetzten Vorschrift zu achten sey. Allein gegen eine solche Entscheidung schienen triftige Rechtsgründe zu streiten. Die Ehe wurde in dem gesetzten Falle zwischen zwey Akatholiken, also nach akatholischen Religions-Grundsätzen, mithin als nicht schlechterdings unauflöslich geschlossen. Der akatholisch gebliebene Theil erhielt also gleich bey Schließung der Ehe das Recht, aus gesetzlichen Ursachen die Trennung der Ehe zu verlangen. Dieses Recht kann ihm der andere Theil durch eine einseitige Handlung, nähmlich durch seine Religionsänderung, nicht nehmen. Es wäre doch sonderbar, wenn eben der schuldige Theil, der durch sein schlechtes Betragen eine gegründete Ursache zur Trennung herbeyführet, diese durch seinen Uebertritt zur katholischen Religion sollte hindern können. Den akatholischen Theil, der seiner Religion treu blieb, geht es nichts an, daß der andere Theil durch Annahme der katholischen Religion, deren Grundsätze keine Trennung erlauben, auf sein ursprüngliches Recht, dieselbe aus gesetzlichen Ursachen zu erlangen, freywillig Verzicht geleistet hat. Er für

seine Person kann begehren, daß er nach den Grundsätzen seiner Religion behandelt, und von der Staatsgewalt in seinem nie aufgegebenen Rechte auf Trennung geschützt werde. Dergleichen Betrachtungen mögen bey einem neuerdings eingetretenen Falle dieser Art die Veranlassung gegeben haben, daß ein Hofdecret vom 26. May 1788 erfolgte, des Inhalts: »Wann das Band einer »zwischen beyderseits Akatholiken eingegangenen Ehe nach den für »derley Ehen bestehenden Gesetzen gültig getrennt werden kann, so »hindert diese Trennung nicht der Umstand, daß ein Theil zur ka»tholischen Religion übergetreten sey, und können nach erfolgter »gültiger Auflösung des Bandes voriger Ehe beyde der gültig Ge»trennten zur neuen Ehe schreiten[1].« Allein dieses Hofdecret scheint Anstand gefunden zu haben, und hin und wieder mit verändertem Inhalte in Umlauf gekommen zu seyn. Schwerdling[2] und Rechberger[3] liefern ein Hofdecret vom 27. May 1788, welches so lauten soll: »Bey gemischten Ehen gelten, in Absicht auf »die Trennung, die für die Katholiken bestehenden Gesetze. Wenn »aber die Eheleute zur Zeit, als sie die Ehe geschlossen ha»ben, beyde akatholisch waren, und als solche nach den für die Ehen »der Akatholiken bestehenden Gesetzen gültig getrennt werden, so »wird diese Trennung dadurch nicht ungültig, daß ein Theil zur »katholischen Religion nachher übergetreten ist.« In diesem, um einen Tag später datirten, aber sichtbar auf den nähmlichen Gegenstand als das vorige sich beziehenden, Hofdecrete wird nicht nur von dem beyden Ehegatten nach der Auflösung des Ehebandes zustehenden Rechte, sich von neuem zu verehelichen, keine Erwähnung gemacht, sondern auch die Sache so dargestellt, daß die Frage dahin gegangen sey, ob die gesetzmäßig geschehene Trennung einer zwischen Akatholiken bestehenden Ehe durch den nach-

[1] Vollständige Sammlung aller seit dem glorreichen Regierungsantritte Joseph des Zweyten für die k. k. Erbländer ergangenen hohen Verordnungen und Gesetze. 8. Th. n. 324. S. 528. Wien bey Trattner 1790.

[2] Was haben die Seelsorger der k. k. österr. Staaten nach dem a. h. G. B. vom 1. Junius 1811 in Ehesachen zu beobachten. S. 322. Linz 1812.

[3] Handbuch des österreichischen Kirchenrechts, I. B. §. 318. S. 252. Linz 1807.

her erfolgten Uebergang des einen Ehetheils zur katholischen Religion aufgehoben und die getrennte Ehe wieder hergestellt, oder ob die Trennung, ungeachtet der Religions-Veränderung, bey Kräften erhalten werde. Aus dieser Wendung, welche der Sache gegeben wurde, mußte natürlich auch die weitere, von Dr. Sattler[1] ausführlich behandelte Frage entstehen, ob in dem Falle, wenn von zwey akatholischen Ehegatten der eine zur katholischen Religion übergeht, und erst nach diesem Uebertritt sich eine Ursache zur Trennung einstellt, die Ehe dennoch getrennt werden könne? Nach den Worten des ersten Hofdecretes vom 26. May 1787 war diese Frage ganz unnütz; in denselben liegt ganz deutlich der Sinn, daß der Uebertritt des einen von zwey akatholischen Eheleuten zur katholischen Religion der vorzunehmenden Trennung ihrer Ehe und einer neuen Vermählung der getrennten Ehegatten gar nicht im Wege stehe. Daß dieses der wahre Sinn des Gesetzgebers gewesen sey, ward durch das spätere Hofdecret vom 17. Julius 1788[2] erklärt, welches so lautet: »Es besteht zwar bereits die Entschließung wegen gültiger Trennung der zwischen Akatholischen nach »den Grundsätzen ihrer Religion eingegangenen Ehe, welche sich »auch für den Fall versteht, wenn ein Theil zur katholischen Religion übergegangen ist. Der weitere Wille aber geht dahin, daß »solches Gesetz zur Wissenschaft des Volkes bekannt gemacht werde, »und Jedermann selbst ersehen könne, daß, wenn das Band einer »zwischen beyderseits Akatholiken eingegangenen Ehe nach den für »derley Ehen schon bestehenden Gesetzen gültig getrennt werden »kann, der Umstand, daß ein Theil zur katholischen Religion »übergetreten sey, diese Trennung nicht hindere, und daß, nach »erfolgter gültigen Auflösung des Bandes der vorigen Ehe, beyde »der gültig Getrennten zur neuen Ehe schreiten können.« Es wurde hierüber auch unter dem 17. Julius 1788 ein Patent (Nr. 857 in der J. G. S.) erlassen, dessen Ausdrücke denen des Hofdecrets vom 26. May 1788 am nächsten kommen: »Wenn das Band einer zwischen zwey Akatholiken geschlossenen Ehe nach den für derley

[1] Handbuch des österreichischen Eherechts I. Theil, §§. 364 — 367. S. 262 — 266. Wien 1801.

[2] Bey Schwerdling am angef. Orte S. 333.

»Ehen bestehenden Gesetzen gültig getrennt werden kann, wird »diese Trennung durch den Umstand, daß der Gatte oder die Gat»tinn nachher zu der katholischen Religion übergetreten ist, nicht »gehindert, und kann, nach vorläufiger gültigen Auflösung des »Ehebandes dieser Ehe, jedes der gültig getrennten Individuen zu »einer neuen Ehe schreiten.« Doch damit war die Sache noch nicht abgethan. Vorstellungen, daß eine neue Verehelichung eines getrennten Ehegatten, der vor oder nach der Trennung die katholische Religion angenommen hat, wie auch die unbedingte Freyheit des getrennten Akatholiken, mit was immer einer Person, also auch mit einer katholischen, eine neue Ehe einzugehen, sich mit der katholischen Lehre nicht vertrage, mögen das Hofdecret vom 15. April 1789 [1] veranlaßt haben, welches sagt: »Seine Maje»stät haben in Ansehung der unterm 17. Julius 1788 allgemein »kundgemachten Verordnung, in Folge welcher, wenn das Band »einer zwischen zwey Akatholiken eingegangenen Ehe nach den für »dergleichen Ehen bestehenden Gesetzen gültig getrennt werden könne, »die Trennung durch den Umstand nicht gehindert werde, daß ein »Theil zur katholischen Religion übergetreten sey, sondern nach »erfolgter gültiger Auflösung des Bandes voriger Ehe beyde der »gültig Getrennten zur neuen Ehe einschreiten können, zu ent»schließen sich bewogen gesehen, daß, da die Fälle selten und es »lediglich res partium sey, welche in das Allgemeine keinen Ein»fluß habe, ohne eigens das schon publicirte dießfällige Gesetz »zu widerrufen, das Inner-Oesterreichische Gubernium den dort»ländigen Ordinariis bedeuten solle, wienach diesem Gesetze bis auf »weitere allerhöchste Anordnung die Kraft benommen sey, und »alles in statu quo zu verbleiben habe.« Durch dieses Hofdecret wurde offenbar die Wirksamkeit des Patentes vom 17. Julius 1788 seinem ganzen Inhalte nach suspendirt. Es war von nun an nicht mehr erlaubt, weder eine von Akatholiken eingegangene Ehe, wenn ein Theil zur katholischen Religion übergetreten ist, zu trennen, noch dem vorher bereits Getrennten, wenn er nachher katholisch geworden war, sich wieder zu verehelichen, und wegen Gleichheit

[1] Bey Schwerdling am angef. Orte S. 334: Vollständige Sammlung ꝛc. 9. Thl. Nr. 241. S. 238.

des Grundes dem bey der akatholischen Religion Gebliebenen sich mit einer katholischen Person zum zweyten Mahle zu vermählen. Als sich später ein anderer Fall dieser Art ereignete, ward an sämtliche Länderstellen ein neues Hofdecret vom 14. Januar 1803[1] erlassen, und darin nahmentlich auch des letzten Punctes Erwähnung gemacht. Dasselbe lautet so: »Wenn der unter dem »15. April 1789 in dieser Sache an alle (?) Ordinariate ergan»gene Befehl bey einigen Ordinariaten in Vergessenheit gekommen »seyn möchte, sey solcher wieder zu erneuern; die Länderstellen »haben jedoch diesen erneuerten höchsten Befehl lediglich den Herren »Ordinarien zur Wissenschaft und Nachachtung abermahl in Ge»heim zu bedeuten, die Herren Ordinarien aber haben ihren unter»stehenden Seelsorgern die unfehlbare Weisung zu ertheilen, daß »keine katholische Person mit einer von ihrem akatholischen Ehe»gatten oder Gattinn nach protestantischen Grundsätzen gerichtlich »geschiedenen akatholischen Person ehelich getraut werden dürfe.«

2. Da die Verordnungen vom 15. April 1789 und 14. Januar 1803 nie den Gerichtsstellen sondern nur den Ordinariaten unter der Hand mitgetheilt, nie öffentlich bekannt gemacht und in keine unter öffentlicher Autorität veranstaltete, sondern bloß in die von einem Privaten (Canonicus und Regierungsrath Schwerdling) gemachte Gesetzsammlung, und auch in diese zum Theil nur auszugsweise aufgenommen worden sind; da ferner weder in der einen noch in der andern die Ehe einer getrennten katholisch gewordenen mit einer akatholischen Person, oder die Ehe eines getrennten Akatholiken mit einer katholischen Person für ungültig erklärt, sondern in beyden nur verbothen wurde, und bloße Eheverbothe, die nach Umständen veränderlich sind, nicht in den Kreis der Justiz-, sondern der politischen Gesetzgebung gehören: so ist leicht zu erklären, warum bey Verfassung des a. b. G. B. auf keine dieser Verordnungen, sondern vielmehr auf die früheren Hofdecrete vom Jahre 1787 und 1788 Bedacht genommen wurde. So ward im §. 116 angeordnet: »das Gesetz gestattet dem nicht-

[1] Bey Schwerdling am ang. O. S. 335, wie auch in dessen practischer Anwendung der unter Kaiser Franz in geistlichen Sachen ergangenen Verordnungen. 3. Thl. §. 166. S. 673.

Digitized by Google

»katholischen Ehegatten aus den (§. 115) angeführten »Gründen die Trennung zu verlangen, obschon der andere »Theil zur katholischen Religion übergetreten ist« und §. 119 wurde festgesetzt, daß »den getrennten überhaupt ge»stattet werde, sich wieder zu verehelichen,« woraus zu folgen schien, daß nach der Trennung einer gemischten Ehe nicht nur der akatholische, sondern auch der nach §. 116 getrennte katholische Theil, und zwar, weil das Gesetz in Ansehung der Religion keine Beschränkung macht, sowohl mit einer akatholischen als mit einer katholischen Person eine neue Ehe schließen könne. Gegen die Bestimmung des §. 116 erhob sich kein Anstand, da dieselbe offenbar durch die Gerechtigkeit gebothen und so vorsichtig abgefaßt war, daß von Seite der Theologie keine Einwendung dagegen gemacht werden konnte. Desto größere Beschwerden entstanden, als sich wieder ein dahin einschlagender Fall ereignete, gegen die allgemeine Regel des §. 119 und die sich daraus ergebenden, eben erwähnten Schlußfolgen. Endlich erfolgte eine allerhöchste Entschließung vom 28. Julius 1814, kundgemacht durch die Hofdecrete vom 4. und vom 26. August 1814, Nr. 1099, folgenden Inhalts: »Ueber den §. 119 des a. b. G. B. ist die Frage »entstanden, ob den getrennten akatholischen Eheleuten erlaubt »sey, bey Lebzeiten ihres geschiedenen akatholischen Gegentheils »auch eine katholische Person zu ehelichen? Zur genauen Bestim»mung dieses §. 119 des b. G. B. wird hiermit erklärt: daß, wenn »Ehen nicht katholischer christlicher Religions-Verwandten dem »Bande nach getrennt werden, den getrennten akatholischen Per»sonen gestattet werde, bey Lebzeiten des getrennten Gegentheils »nur mit akatholischen Personen, jedoch nicht mit derjenigen, »welche vermöge der bey der Trennung vorgelegenen Beweise durch »Ehebruch, durch Verhetzungen, oder auf eine andere sträfliche Art »die vorgegangene Trennung veranlaßt habe, eine gültige Ehe »zu schließen.« Das vorgedachte Hofdecret vom 4. August leitete aus der angeführten allerhöchsten Entschließung überdieß nachstehende Folgerungen ab: »Es ergibt sich übrigens aus dieser Er»läuterung des Gesetzbuches von selbst, daß sohin eine katholische »Person nach den Begriffen der katholischen Religion mit einer »getrennten akatholischen bey Lebzeiten des geschiedenen Gegen-

Digitized by Google

»theils, wie auch, daß eine bey Eingehung ihrer Ehe zur akatholischen Religion gehörig gewesene, dann aber zur katholischen Religion übergetretene, von ihrem akatholischen Gegentheile geschiedene Person bey Lebzeiten des getrennten akatholischen Gegentheils keine gültige Ehe eingehen könne.«

3. Aus den bisher historisch angeführten Verordnungen läßt sich nun leicht bestimmen, was für den Fall, wenn eine zwischen Akatholiken geschlossene Ehe durch Uebertritt eines Ehetheils zur katholischen Religion eine gemischte wird, in Ansehung der Ehetrennung und Wiederverehelichung jetzt geltendes Recht sey. Eine solche Ehe ist allerdings trennbar. Dieses spricht der §. 116 des a. b. G. B. deutlich aus, und die späteren Hofdecrete vom 4. und 26. August 1814 haben hierin nichts geändert. Sie kann getrennt werden, es mag der Trennungsgrund vor oder nach dem Uebertritte des einen Ehegatten zur katholischen Religion eingetreten seyn; denn der §. 116 redet überhaupt, ohne dieses Unterschiedes zu erwähnen. Aber nur der akatholisch gebliebene, nicht der katholisch gewordene Theil, kann die Trennung der Ehe verlangen. Auch dieses spricht schon der §. 116 klar aus. Die Ursache davon liegt in den jetzt verschiedenen Religionsbegriffen der Eheleute. Nur der akatholische Theil, der seine Religionsgrundsätze nicht geändert hat, hält die Ehe für auflöslich. Er hat bey Schließung der Ehe das Recht erlangt, wenn eine gesetzliche Trennungsursache eintreten sollte, die Trennung der Ehe zu begehren; auf dieses Recht hat er nicht Verzicht geleistet, und der andere Theil konnte es ihm durch das einseitige Factum seines Uebertrittes zur katholischen Religion nicht entziehen; hingegen muß der katholisch gewordene Theil nach den Religionsgrundsätzen, die er angenommen hat, das Eheband für unauflöslich ansehen; diesen aber wäre es offenbar entgegen, wenn er die Ehetrennung ansuchen würde. Will er Katholik seyn, so muß er auch als Katholik handeln. Er hat durch Annahme der katholischen Religion dem Rechte auf Trennung aus gesetzmäßigen Gründen, das er bey Schließung der Ehe ebenfalls hatte, stillschweigend entsagt. Hieraus ergibt sich zugleich, daß, damit eine Trennung der hier besprochenen Art einer gemischten Ehe Statt finde, der Trennungsgrund immer in der Person desjenigen Theils, der sich zur katholischen

Digitized by Google

Religion gewendet hat, nicht aber in der Person des bey seiner akatholischen Religion verharrenden Theiles eintreten müsse.

4. Nach geschehener gerichtlichen Trennung kann der akatholische Ehegatte eine neue Ehe eingehen, nicht aber der zur katholischen Religion übergetretene, so lange sein akatholischer Gegentheil lebt, von dem er getrennt worden ist. Dieses Recht wird dem akatholischen Theile sowohl durch den §. 119 des a. b. G. B. als durch die oben angeführten Hofdecrete vom Jahre 1814 zuerkannt; dem katholisch gewordenen Theile hingegen wird es in dem Hofdecret vom 4. August 1814 ausdrücklich abgesprochen. Der akatholische Theil ist nach seinen Religionsgrundsätzen überzeugt, daß auch bey Lebzeiten beyder Ehegatten vom Richter aus gesetzmäßigen Ursachen auf die völlige Auflösung des Ehebandes erkannt werden könne. Ist dieses wirklich geschehen, so hält er sich für frey und ledig, folglich für berechtiget, zu einer neuen Ehe zu schreiten, und der Staat, der ihm die Toleranz zugesichert hat, behandelt ihn nach seinen Religionsbegriffen. Allein die nunmehrigen Religionsgrundsätze des andern Ehegatten, der zur katholischen Religion übergegangen ist, bringen es mit sich, daß die gültig geschlossene Ehe, so lange beyde Ehegatten leben, untrennbar sey. Er kann daher die vom Richter ausgesprochene Trennung seinerseits nur für eine immerwährende Scheidung von Tisch und Bett halten, das Eheband selbst aber für nicht gelöset, sondern für noch bestehend, mithin, so lange sein akatholischer Ehegatte noch lebt, sich nicht für befugt zu einer neuen Verehelichung ansehen. Es versteht sich von selbst, daß dieses sogar dann der Fall sey, wenn beyde Ehegatten noch als Akatholiken getrennt wurden, und der eine erst nachher die katholische Religion annimmt. Auch dieser kann, so lange sein Gegentheil noch am Leben ist, sich nicht wieder verehelichen, weil er nach seinen geänderten Religionsgrundsätzen sich, ungeachtet des richterlichen Trennungsurtheiles, für noch gebunden an seinen akatholischen Ehegatten betrachten muß.

5. Doch selbst der getrennte akatholisch gebliebene Ehetheil kann, vermöge der Hofdecrete vom 4. und 26. August 1814, bey Lebzeiten des getrennten Gegentheils nur mit einer akatholischen, nicht aber mit einer katholischen Person, eine neue gültige Ehe ein-

Digitized by Google

gehen. Das Hinderniß ist jedoch in einem solchen Falle nicht auf Seite des getrennten akatholischen Theiles, der sein Eheband für gerichtlich aufgelöset ansieht, und deßwegen mit einer akatholischen Person, die vermöge ihrer Religionsbegriffe die nähmliche Ansicht hat, sich ungehindert vom neuem vermählen darf, sondern auf Seite der katholischen (ledigen, verwittibten oder auch von einem andern akatholischen Ehegatten getrennten) Person, die er jetzt heirathen will. Letztere kann den getrennten Akatholiken nicht ehelichen, weil sie die bey den Akatholiken übliche Auflösung des Ehebandes bey Lebzeiten beyder Ehegatten nach katholischen Grundsätzen als unerlaubt, und das gerichtlich getrennte Eheband noch als bestehend betrachten, folglich ohne Verletzung ihres Gewissens sich mit dem getrennten Akatholiken nicht ehelich verbinden darf. Diese moralische Maxime der katholischen Religion hat der Staat auch im äußern Gerichtsstande aufrecht zu erhalten befohlen.

§. 256.

Ob eine ursprünglich rein akatholische, später aber durch den Uebertritt eines Ehegatten gemischt gewordene Ehe, auch wegen unüberwindlicher Abneigung getrennt werden könne?

1. Noch kann die Frage entstehen, ob eine ursprünglich zwischen Akatholiken geschlossene Ehe, nach dem Uebertritte des einen Ehegatten zur katholischen Religion, auf Verlangen des andern, aus allen im §. 115 des a. b. G. B. angeführten Gründen getrennt werden könne? Der §. 116 scheint dieses mit klaren Worten zu bejahen, und doch erhebt sich gegen diese Behauptung ein nicht unwichtiger Zweifel. Der katholisch gewordene Ehegatte kann die Trennung der Ehe niemahls verlangen, weil dieses den von ihm angenommenen katholischen Religions-Begriffen zuwiderläuft. Sollte aber eine solche Ehe auch wegen unüberwindlicher Abneigung getrennt werden können, so müßte nach §. 115 auch der zur katholischen Religion übergetretene Theil die Auflösung des Ehebandes zugleich mit dem bey der akatholischen Religion verbliebenen verlangen. Ich habe oben (§. 249, Nr. 5) die Meinung geäußert, daß auch wegen einseitiger unüberwindlicher Abneigung eine Trennung der Ehe Statt finde, wenn das Trennungsgesuch von beyden Eheleuten unterschrieben erscheint. Die Unterschrift beyder Ehe-

Digitized by Google

gatten zeigt also nicht immer, daß beyde eine unüberwindliche Abneigung gegen einander hegen, und daß beyde auf Trennung dringen. Es kann seyn, daß nur der eine die unüberwindliche Abneigung gegen den andern hegt, und die Trennung begehret; der andere aber nur sich der Trennung nicht widersetzt, wozu er gute Gründe haben kann. Alles dieses muß sich durch die ämtliche Untersuchung aufklären. Die Trennung verlangen, und sich derselben nicht entgegen setzen, scheinen doch zwey verschiedene Dinge zu seyn. Diesemnach würde ich die oben gesetzte Frage so beantworten: Wenn die unüberwindliche Abneigung bloß auf Seite des katholisch gewordenen Theiles ist, so kann keiner Trennung der Ehe Statt gegeben werden; denn in einem solchen Falle müßte der zur katholischen Religion Uebergetretene im eigentlichen Verstande die Trennung begehren; er kann aber aus der schon öfters berührten Ursache dieses nicht thun; er kann die Trennung aus den fünf erstern Gründen des §. 115, die doch viel wichtiger sind, als die unüberwindliche Abneigung, nicht verlangen, also um so viel weniger wegen der letztern. Tritt hingegen die unüberwindliche Abneigung von Seite des bey der akatholischen Religion verharrenden Ehegatten ein, oder ist sie wechselseitig, so scheint die Auflösung des Ehebandes dem Gesetze nicht entgegen zu seyn; denn hier verlangt eigentlich der akatholische Theil die Trennung, und der katholisch gewordene Theil erklärt durch seine Unterschrift des Trennungsgesuches nur so viel, daß er sich derselben nicht widersetze, wenn der Richter sie aussprechen würde. Er weiß, daß die Trennung auf seiner Seite nicht die Auflösung des Ehebandes selbst, sondern bloß eine immerwährende Scheidung von Tisch und Bett bewirken werde, in diese aber kann er einwilligen. Das Gesetz gestattet ja im §. 116 dem nicht katholischen Ehegatten, ungeachtet des Uebertrittes des andern Theiles zur katholischen Religion, die Trennung aus den §. 115 angeführten Gründen, ohne Ausnahme irgend eines Grundes, zu verlangen; würde aber in dem Falle, wo die unüberwindliche Abneigung nur auf Seite des bey der akatholischen Religion verbliebenen Ehegatten, oder wo sie wechselseitig ist, keine Trennung der Ehe nach dem Uebergange des andern Ehegatten zur katholischen Religion mehr Platz greifen, so wäre die Aussage des §. 116 nicht wahr, daß die Trennung der Ehe

Digitized by Google

aus allen im §. 115 angeführten Gründen von dem akatholischen Theile angesucht werden könne, obschon der andere Theil zur katholischen Religion übergetreten ist. Es würde wegen unüberwindlicher Abneigung in gar keinem Falle eine Auflösung des Ehebandes begehrt werden können, sobald ein Ehegatte sich zur katholischen Religion gewendet hat. Wie könnte diese Folgerung mit dem Grundsatze bestehen, daß ein Ehegatte durch seinen Uebergang zur katholischen Religion dem andern das bey Schließung der Ehe begründete Recht, wegen unüberwindlicher Abneigung die Ehetrennung zu fordern, nicht entziehen könne?

2. Dagegen wendet man ein, daß nach den bestimmten Ausdrücken des §. 115 der unüberwindlichen Abneigung wegen beyde Ehegatten auf gleiche Art die Auflösung der Ehe verlangen müssen, und daß es schwer zu erklären wäre, wie eine solche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zugleich die rechtlichen Wirkungen der Trennung, und jene der Scheidung in sich vereinigen könnte. — Allein die Worte: »auf gleiche Art,« stehen in dem Gesetze nicht, und, wenn der katholisch gewordene Theil dem Trennungsgesuche des akatholischen durch seine Unterschrift desselben sich anschließt, so verlangen doch beyde die Auflösung der Ehe, aber jeder in dem Sinne und mit der Wirkung, die mit seinen Religions-Begriffen verträglich ist. Eine Vereinigung der Wirkungen der Trennung und der Scheidung in einem und demselben Auflösungs-Acte erfolgt immer, so oft eine von akatholischen Personen geschlossene Ehe nach dem Uebertritte eines Theils zur katholischen Religion vermöge §. 116 des b. G. B. getrennt wird, weil nach dem Hofkanzley-Decrete vom 4. August 1814 [1] die akatholische Person noch bey Lebzeiten der katholisch gewordenen zu einer andern Ehe schreiten kann, nicht aber die katholische vor dem Tode der akatholischen.

§. 257.

Wenn beyde akatholische Eheleute zur katholischen Religion übertreten, kann noch der eine oder der andere die Trennung der Ehe verlangen?

1. Kann von zwey akatholischen Eheleuten derjenige, der zur katholischen Religion übertritt, die Trennung nicht mehr ansuchen,

[1] Politische Gesetzsammlung 4. B. Nr. 64, S. 98.

so verstehet sich von selbst, daß, wenn beyde akatholische Ehegatten zur katholischen Religion übergehen, nachher keiner von beyden mehr eine Trennung der Ehe verlangen könne. Dieses hat schon vorlängst das für Böhmen erlassene Hofdecret vom 24. September 1792 [1] mit folgenden Worten ausgesprochen: »Die Ehetrennungen, »welche von Eheleuten angesucht werden, die zur Zeit der einge»gangenen Ehe sich zur akatholischen Religion bekannt haben, nach »der Hand aber zur katholischen übergetreten sind, sind nach den für »katholische Eheleute bestehenden Gesetzen zu behandeln,« nach welchen bekanntlich die Eheleute keine Trennung ansprechen können. Es wird aber auch durch den §. 111 des a. b. G. B. bestätiget, wo der erste Satz so lautet: »Das Band einer gültigen Ehe kann »zwischen katholischen Personen nur durch den Tod des einen Ehe»gatten getrennt werden.« Der Paragraph macht in diesem Satze keinen Unterschied, ob die gültig verehelichten Personen schon zur Zeit der geschlossenen Ehe der katholischen oder einer akatholischen Religion zugethan waren, sondern nach den Worten desselben ist es genug, daß sie beyde katholisch sind, um nicht anders als durch den Tod getrennt werden zu können. Wenn gleich Eheleute, die zur Zeit der Schließung der Ehe Akatholiken waren, vermöge ihres Ehevertrages das Recht hatten, aus den bey den Akatholiken geltenden Ursachen die Trennung der Ehe zu begehren, so haben sie doch nachher durch ihren beyderseitigen Uebertritt zur katholischen Religion diesem, mit ihren neuen Religionsgrundsätzen unverträglichen, Rechte entsagt, und können dasselbe als nunmehrige Katholiken nicht mehr geltend machen.

2. Man könnte zwar aus dem zweyten Satze des §. 111 für die entgegengesetzte Meinung folgenden Beweis führen: das Gesetz erklärt in dem Falle, wenn auch nur ein Theil schon zur Zeit der geschlossenen Ehe der katholischen Religion zugethan war, das Band der Ehe für eben so unauflöslich, als wenn beyde Theile schon zur Zeit der eingegangenen Ehe katholisch waren; also scheint es für den Fall, wo bey Schließung der Ehe kein Theil sich zur katholischen Religion bekannte, beyden Theilen zu gestatten, aus

[1] Bey Schwerdling: Praktische Anwendung ꝛc. §. 165. II. Bd. S. 408.

gesetzmäßigen Ursachen die Trennung zu verlangen; dieser Fall aber sey wirklich vorhanden, wenn die Eheleute als Akatholiken die Ehe geschlossen haben und nachher zur katholischen Religion übergetreten sind. Allein die Trüglichkeit dieses Schlusses offenbaret sich sogleich, wenn man bedenkt, daß das Gesetz in dem zweyten Satze des §. 111 eigentlich den Fall entscheiden will, der den Gegensatz des im ersten Satze enthaltenen Falles ausmacht, nähmlich was in Ansehung der Ehetrennung Rechtens sey, wenn kein oder nur ein Ehegatte der katholischen Religion zugethan ist. Das Gesetz unterscheidet und deutet an, daß es hier darauf ankomme, ob schon zur Zeit der geschlossenen Ehe wenigstens ein Theil der katholischen Religion zugethan war, oder kein Theil. Im ersten Falle erklärt das Gesetz die Ehe für unauflöslich, es mag der damahls katholisch gewesene Ehegatte noch katholisch seyn oder nicht mehr, damit bey einer ursprünglich gemischten Ehe der katholische Ehegatte durch seinen Abfall von der katholischen Religion keinen Anspruch auf Ehetrennung sich sollte verschaffen können; im zweyten Falle für auflöslich, damit ben einer ursprünglich akatholischen Ehe ein Ehegatte durch seinen Uebertritt zur katholischen Religion nicht dem andern akatholisch gebliebenen Ehegatten wider dessen Willen das Recht sollte entziehen können, aus gesetzlichen Ursachen die Trennung der Ehe zu fordern. Eben diese im zweyten Absatze des §. 111 deutlich angebrachte Unterscheidung, oder, wenn man lieber so sprechen will, genommene Rücksicht auf die katholische Religion zur Zeit der geschlossenen Ehe, ist ein Beweis, daß im ersten Absatze des Paragraphs, worin durch keinen Ausdruck auf eine solche Unterscheidung oder Rücksicht hingedeutet wird, dieselbe auch nicht Statt finden solle, mithin es in Hinsicht auf die Unauflösbarkeit der Ehe gleichgültig sey, ob schon zur Zeit der geschlossenen Ehe beyde Ehegatten der katholischen Religion zugethan waren, oder ob sie es wenigstens jetzt sind. Bey einer andern Auslegung des §. 111 würde die Zerstücklung seines Inhalts in zwey Sätze ganz unnütz erscheinen, indem man viel kürzer und deutlicher hätte sagen können: Das Band einer gültigen Ehe kann nur durch den Tod des einen Ehegatten getrennt werden, wenn das Ehepaar, oder auch nur ein Ehetheil schon zur Zeit der geschlossenen Ehe der katholischen Religion zugethan war.

Digitized by Google

§. 258.

Ist eine Ehe trennbar, wenn ein akatholisches Ehepaar katholisch, nachher aber ganz oder wenigstens ein Theil wieder akatholisch würde? Oder wenn von zwey akatholischen Eheleuten ein Theil katholisch wird, später aber zur akatholischen Religion zurückkehrt?

Unsere Gesetze berühren nirgends die Frage, ob eine Ehe getrennt werden könne, wenn zwey ursprünglich akatholische Eheleute zur katholischen Religion übergegangen, nachher aber wieder beyde zur akatholischen Religion zurückgetreten sind. Nach allgemeinen Grundsätzen muß sie mit Nein beantwortet werden. Durch die Annahme der katholischen Religion haben solche Eheleute auf die ursprüngliche Auflöslichkeit ihrer Ehe Verzicht geleistet; ad renuntiata autem non datur regressus. Wenn gleich die Ehe als auflöslich geschlossen worden, so haben doch die Eheleute, als sie sich zur katholischen Religion bekannten, dieselbe unauflöslich gemacht, weil dieses ihre neuen Religionsgrundsätze forderten. Der Abfall von der katholischen Religion soll nie ein Mittel werden, sich eines lästig gewordenen Ehebandes zu entledigen; sonst würden die Ehen katholischer Convertiten stets der Gefahr der Trennung ausgesetzt werden, und ein ärgerlicher Wechsel der Religionen einreißen. Eben so wenig findet Auflösung des Ehebandes Statt, wenn von zwey katholisch gewordenen Eheleuten nur der eine wieder zur akatholischen Religion zurückkehrte. Der noch katholische Ehegatte kann dieselbe wegen seiner Religionsgrundsätze nicht begehren, und gegen das Begehren des wieder akatholisch gewordenen streiten alle vorher angeführten Gründe. Sollte von zwey akatholischen Eheleuten nur der eine zur katholischen Religion übergetreten seyn, aber nachher wieder die akatholische angenommen haben, so könnte zwar derjenige, der standhaft bey seiner Religion geblieben ist, nach §. 116 ungezweifelt die Trennung ansuchen; aber dem andern, der die Religion zweymahl gewechselt hat, stehen wieder eben dieselben Gründe entgegen, die oben bey dem ersten Falle auseinander gesetzt worden sind.

§. 259.

Auflösbarkeit gemischter Ehen zwischen akatholischen Christen unter sich.

Auch zwischen akatholischen Christen unter sich können alle

Digitized by Google

drey Arten gemischter Ehen Statt haben. Es kann die Ehe zwischen einer evangelischen und einer reformirten Person, oder zwischen einem Protestanten und einer nicht unirten Griechinn geschlossen werden, und noch jetzt so gemischt seyn, mithin zu der ersten Classe gemischter Ehen gehören. Es kann eine zwischen Personen von verschiedenen akatholischen Religionen eingegangene Ehe bereits aufgehört haben, gemischt zu seyn, weil der reformirte zur evangelischen, der nicht unirte griechische Ehegatte zur protestantischen Religion, oder umgekehrt, getreten ist. Somit wäre die Ehe zur zweyten Classe der gemischten zu zählen. Es kann endlich die Ehe zwischen zwey Evangelischen, zwey Reformirten und zwey nicht unirten Griechen geschlossen, aber nachher durch den Uebertritt des einen oder des andern Ehegatten zu einer andern akatholischen Religion gemischt geworden seyn, wo sie dann zur dritten Classe der gemischten Ehen zu rechnen ist. Ueber alle drey Classen solcher gemischten Ehen ist nichts Besonderes zu bemerken. Es gelten bey denselben in Ansehung der Ehetrennung die im §. 115 des a. b. G. B. aufgestellten und bereits anderswo ausführlich erklärten Grundsätze, es mag zwischen den Ehegatten was immer für eine Verschiedenheit christlicher akatholischer Religionen Statt finden oder Statt gefunden haben; denn unser bürgerliches Gesetzbuch nimmt als eine unbezweifelbare Wahrheit an, daß die Religions-Grundsätze nicht nur der Evangelischen und Reformirten, oder wie sie überhaupt beyde heißen, der Protestanten, sondern auch der nicht unirten Griechen in Betreff der Zulässigkeit der Auflösung des Ehebandes durch richterlichen Spruch übereinstimmen, und daß sowohl die einen als die andern aus allen in dem §. 115 des a. b. G. B. angeführten Ursachen die gänzliche Trennung einer gültig geschlossenen Ehe verlangen können [1].

§. 260.

Uebergang auf den Gerichtsstand und das Verfahren in Trennungsfällen.

Nach gehöriger Erörterung nicht nur aller gesetzlichen Trennungsgründe, sondern auch der verschiedenen, die Trennung gemischter Ehen betreffenden, Fälle kommen wir nun auf das Ver-

1 Siehe Materialien 5. Bd. 1. Abhandl. §§. 3, 14—33. S. 8, 29—102.

fahren, welches in Trennungsfällen zu beobachten ist. Hierüber wird im letzten Satze des §. 115 die kurze Regel angegeben: In allen diesen Fällen ist nach den Vorschriften zu handeln, welche für die Untersuchung und Beurtheilung einer ungültigen Ehe gegeben sind. Es findet daher das Meiste, was bey der Ungültigerklärung der Ehe über den Gerichtsstand §§. 126—131 und über das Verfahren §§ 134—171 gesagt worden, auch bey der Trennung der Ehe seine Anwendung. Solche Bestimmungen, die bey diesen beyden Aufhebungsarten der ehelichen Gemeinschaft gelten, bedürfen keineswegs, daß man sie hier abermahl durch Anführung der Gesetze unterstütze oder von neuem zu begründen suche. Um Wiederhohlungen und Weitläufigkeit zu vermeiden, werde ich dieselben bloß im Auszuge oder Resultate, mit Bezeichnung der Paragraphe, in welchen sie bey der Ungültigerklärung der Ehe ausführlicher behandelt werden, ganz nackt hinwerfen, dabey zugleich das auf die Trennung der Ehe Unanwendbare bemerken, und nur diejenigen Anordnungen genauer auseinander setzen, die der Ehetrennung ganz eigen sind.

§. 261.

Gerichtsstand in Trennungsfällen.

Bey welcher Behörde vormahls in Oesterreich die Trennungs-Angelegenheiten anzubringen und zu verhandeln waren, und wie sich diese Behörde nach der Zeit verändert habe, ist aus den §§. 127 und 128 leicht zu ersehen. Jetzt steht die Verhandlung über die Trennung einer Ehe nur dem Landrechte des Bezirkes zu, worin die Ehegatten ihren ordentlichen Wohnsitz haben, weil dieses in Beziehung auf die Ungültigkeit der Ehe §. 97 des b. G. B. so angeordnet ist. Alle Bemerkungen, die im §. 129 in Hinsicht auf das Landrecht bey der Ungültigerklärung der Ehe gemacht worden sind, passen auch auf die Ehetrennung. In Ansehung der letzteren finde ich nur noch beyzusetzen, daß, wenn ein Ehegatte wegen begangenen Verbrechens zu einer fünfjährigen oder noch längeren Kerkerstrafe verurtheilt, und in ein Strafhaus abgeführt worden, welches außer dem Bezirke liegt, worin die Eheleute ihren ordentlichen Wohnsitz hatten, doch das Landrecht dieses Be-

Digitized by Google

zirkes zur Verhandlung der deßwegen angesuchten Trennung der Ehe competent bleibe, wenn nur der zurückgelassene Ehegatte noch seinen Wohnsitz in diesem Bezirke beybehält, weil der jetzige Aufenthaltsort des Sträflings doch gewiß nur ein außerordentlicher Wohnort ist; würde aber der zurückgebliebene Ehegatte des Sträflings selbst seinen Wohnsitz in einen entlegeneren Bezirk, wo ein anderes Landrecht die Gerichtsbarkeit in Ehestreitigkeiten auszuüben hat, verlegen, so müßte er nach der Analogie des §. 112 des b. G. B. die Trennung der Ehe bey dem Landrechte seines neuen Wohnsitzes begehren. Unter den drey im §. 130 dieses Werkes angeführten Ausnahmen von der über den Gerichtsstand geltenden Regel, ist nur die erste, den Ascher Bezirk betreffende, auch auf die Trennung der Ehe anwendbar. Die zwey andern gelten bloß bey der Ungültigerklärung. Der Gerichtsstand in Trennungsstreitigkeiten der Militär-Personen richtet sich nach den im §. 131 bey der Ungültigerklärung angegebenen Vorschriften. Nur fällt für die katholischen Consistorien in der Militär-Gränze, in Ungarn und Siebenbürgen der Gegenstand selbst weg, weil bey den Katholiken die Auflösung des gültig geknüpften Ehebandes durch richterliches Urtheil nicht Statt findet. Die den Landrechten in Ansehung fremder Eheleute gegebene, im §. 132 vorkommende, Weisung erstreckt sich schon ihrem Wortlaute nach auch auf Ehetrennungsklagen.

§. 262.

Ausbildung und Quellen des jetzigen Verfahrens in Trennungsfällen.

Wie sich das Verfahren bey Ungültigerklärung und Trennung der Ehe in Oesterreich nach und nach gleichmäßig ausgebildet habe, ist bereits im §. 134 berichtet worden. In dem nachfolgenden §. 135 sind auch schon die Gesetze nahmhaft gemacht worden, auf welchen das dermahlige Verfahren in Fällen sowohl angesuchter Ungültigerklärung, als Trennung beruhet. Nach diesen Quellen wollen wir nun das gesetzmäßige Verfahren bey Ehetrennungen, in so weit dasselbe mit dem Verfahren bey der Untersuchung über die Ungültigkeit der Ehe nicht übereinstimmt, umständlicher darstellen.

Digitized by Google

§. 263.

Die Einleitung des Verfahrens geschieht nur auf Ansuchen, nie von Amtswegen.

Privatrechte untersucht und beurtheilet der Richter nur auf Ansuchen der Parteyen. Daß aber in unserer Gesetzgebung das Recht, die Trennung der Ehe zu verlangen, als ein Befugniß, worauf die Parteyen nach Belieben verzichten können, also als ein Privatrecht entweder nur des einen oder auch beyder Ehegatten betrachtet werde, ergibt sich aus den Anfangsworten des §. 115: »gestattet das Gesetz — die Trennung der Ehe zu fordern.« Zudem hat die Trennung der Ehe unstreitig eine viel größere Aehnlichkeit mit der Ungültigerklärung derselben wegen eines Privat-Hindernisses als mit der Nullitäts-Erklärung wegen eines öffentlichen Hindernisses. Da nun der Richter angewiesen ist, in Trennungsfällen nach den Vorschriften für die Untersuchung und Beurtheilung einer ungültigen Ehe zu handeln; diese Vorschriften aber es mit sich bringen, daß die Untersuchung der Ungültigkeit einer Ehe wegen eines Privat-Hindernisses nicht von Amtswegen angefangen werde, sondern das Ansuchen der gekränkten Partey um dieselbe abzuwarten sey; so läßt sich daraus mit Grunde schließen, daß der Richter auch in den Fällen, wo es sich um die Trennung einer Ehe handelt, nicht von Amtswegen die Untersuchung einleiten darf, sondern zu derselben erst dann schreiten kann, wenn er darum angegangen wird. Ohnehin ist dem Staate mehr an der Aufrechthaltung als an der Trennung bestehender Ehen gelegen.

§. 264.

Wie, von wem, und binnen welcher Zeit ist die Trennung anzusuchen?

Wenn einer von den fünf ersteren im §. 115 des b. G. B. angeführten Trennungsgründen eintritt, so geschieht das Ansuchen um die Ehetrennung durch die sogenannte Divortial-Klage, die man auch die Klage auf Trennung nennt; wenn aber die unüberwindliche Abneigung als Trennungsgrund gebraucht wird, durch ein von beyden Ehegatten unterschriebenes Trennungsgesuch. Gleichwie nach §. 96 des b. G. B. nur der schuldlose Ehegatte das Recht hat, zu verlangen, daß wegen eines Privat-Hindernisses die Ehe

Digitized by Google

für ungültig erklärt werde, so ist auch nur dem schuldlosen Theile gestattet, aus den erwähnten fünf Gründen die Trennung der Ehe zu fordern, eine Regel, die auch den von unserer Gesetzgebung berücksichtigten Religions-Begriffen der akatholischen Christen entspricht und in den ältern Gesetzen, nähmlich in dem Ehe-Patente §. 50 und 51, in dem bürgerl. Gesetzbuche Kaiser Josephs II. §§. 105 und 106, welche nur dem beleidigten Theile die gänzliche Trennung des Ehebandes anzusuchen gestatten, ausdrücklich aufgestellt worden ist. Im Falle der unüberwindlichen Abneigung hingegen kommt es auf die Schuldlosigkeit des einen oder des andern Ehegatten nicht an, weil jederzeit beyde zugleich die Trennung ansuchen müssen, und es sich öfters ereignet, daß ein Theil dabey nicht außer Verschulden ist. Dieses wird auch durch den §. 1266 des b. G. B. bestätiget, welcher von dem schuldlosen Ehegatten nur in dem Falle Meldung macht, wo auf die Trennung der Ehe durch Urtheil erkannt, nicht aber auch in dem Falle, wo dieselbe auf Verlangen beyder Ehegatten wegen unüberwindlicher Abneigung verwilliget wird. Eine Trennungsklage kann jedoch nur dann Statt finden, wenn seit dem Eintritte des Trennungsgrundes noch nicht dreyßig Jahre verstrichen sind; sonst ist sie verjährt. Denn zur eigentlichen Verjährung ist nach §. 1478 des b. G. B. der bloße Nichtgebrauch eines Rechtes, das an sich schon hätte ausgeübt werden können, durch dreyßig Jahre hinlänglich. Alle Rechte gegen einen Dritten erlöschen also in der Regel längstens durch den dreyßigjährigen Nichtgebrauch, oder durch ein so lange Zeit beobachtetes Stillschweigen, wenn für dieselben das Gesetz nicht schon einen kürzeren Zeitraum ausgemessen hat (§§. 1479 und 1486 des b. G. B.); für das Recht aber, die Trennung der Ehe zu fordern, findet sich nirgends ein kürzerer Zeitraum bestimmt.

§. 265.

Kann ein Dritter auf die Trennung der Ehe klagen?

Die Gültigkeit der Ehe kann wegen eines entgegenstehenden Privat-Hindernisses auch von einem Dritten, nämlich dem Vater, Vormund, Curator, von der Vormundschafts- oder Militär-Behörde bestritten werden, auf die Trennung der Ehe kann aber

Digitized by Google

ein Dritter nicht klagen. Die Ursache des Unterschiedes liegt darin, daß durch die Schließung der Ehe mit einem Privathindernisse nach dessen besonderer Beschaffenheit auch das Recht eines Dritten verletzt werden kann, welches dieser nicht anders als durch die Bestreitung der Ehe zu wahren vermag; daß hingegen die Trennungsgründe sämmtlich in einer Verletzung der durch einen gültigen Ehevertrag erworbenen Rechte bestehen; diese aber hat nur der Ehegatte, nicht ein Dritter erworben, folglich kann ein Dritter auch nicht in denselben gekränkt und auf Trennung zu klagen berechtiget seyn.

§. 266.

Verliert ein Ehegatte durch Fortsetzung des Beyschlafes mit dem Schuldigen das Recht, die Trennungsklage anzustellen?

Der schuldlose Ehegatte verliert nach §. 96 des b. G. B. das Recht, wegen eines Privat-Hindernisses die Gültigkeit der Ehe zu bestreiten, wenn er nach erlangter Kenntniß des Hindernisses die Ehe fortgesetzt hat, weil angenommen wird, er habe auf sein Recht stillschweigend Verzicht geleistet. Verliert wohl auch ein Ehegatte, der nach eingetretenem Trennungsgrunde von Seite des andern Ehegatten diesem noch beyzuwohnen fortfährt, sein Recht, auf die Trennung der Ehe zu dringen? Bey dem Trennungsgrunde des Ehebruchs läßt sich dieses behaupten, wie schon oben (§. 244 Nr. 2) bemerkt worden; eben so auch bey dem der unüberwindlichen Abneigung, die sich durch ein solches Betragen von selbst widerlegt und als ungegründet darstellt. Nach dem Eintritte des Trennungsgrundes der Verurtheilung zu einer wenigstens fünfjährigen Kerkerstrafe, oder der boshaften Verlassung, kann eine Fortsetzung des Beyschlafes nicht leicht Statt finden; erfolgte sie aber doch, so müßte auch hier der Verlust des Rechtes, die Trennung zu verlangen, eintreten. Nur bey den aus Nachstellungen und schweren Mißhandlungen entstehenden Trennungsgründen scheint nach der Analogie dessen, was oben (§. 119 Nr. 4) bey dem Ehehindernisse der Furcht und des Zwanges gesagt worden, eine Ausnahme gemacht werden zu müssen, denn in solchen Fällen leidet es die Gefahr, welche dem schuldlosen Theile bevorsteht, nicht, daß er sich dem Begehren des schuldigen Theiles widersetze. Warum

Digitized by Google

soll er wegen seiner nothgedrungenen Nachgiebigkeit seines Rechtes verlustiget werden?

§. 267.

Das Verfahren in Trennungsfällen ist gemischt und mündlich.

Wie bey der Ungültigerklärung, so muß auch bey der Trennung der Ehe theils gerichtsordnungsmäßig, theils inquisitorisch oder ämtlich, folglich mündlich verfahren werden. Die nähere Erklärung und Begründung eines solchen Verfahrens, welches aus dem ordentlichen und dem ämtlichen Verfahren zusammengesetzt ist, also ein gemischtes genannt werden kann, ist im §. 136 dieses Werkes enthalten und dort nachzulesen. Nur die von einem Juden gegen seine Frau wegen Ehebruchs auf die Trennung der Ehe gestellte Klage muß von dem Landrechte des Bezirkes, in welchem die Ehegatten ihren Wohnsitz haben, gleich einer andern Streitsache, also nicht ämtlich, sondern ganz nach der Gerichtsordnung, vermöge §. 135 des b. G. B. behandelt werden.

§. 268.

Aufnahme eines Protokolls über das Verhandelte.

Bey jeder ämtlichen und mündlichen Untersuchung, also auch bey der zum Zwecke einer Ehetrennung eingeleiteten, muß über die gerichtlichen Verhandlungen ein Protokoll aufgenommen werden. Welche Anmerkungen gleich im Eingange dieses Protokolles, und aus welcher Ursache sie zu geschehen haben, ist schon bey der Scheidung von Tisch und Bett (§§. 14 und 40), und bey der Ungültigerklärung der Ehe (§. 137) angegeben worden, wohin ich daher lediglich verweise. Die Anmerkung der Religion beyder Eheleute, und die Zeit der geschlossenen Ehe ist hier insbesondere noch deßwegen wichtig, weil die erste in jedem Falle, die zweyte in dem Falle, wenn der eine Ehegatte der katholischen, der andere einer nichtkatholischen Religion zugethan ist, auf die Entscheidung der Frage Einfluß nimmt, ob zwischen ihnen die Trennung der Ehe zulässig sey, oder nicht.

Digitized by Google

§. 269.

Verweisung der Sache an die Strafbehörden, wenn bey Einleitung oder im Laufe der Untersuchung rechtliche Anzeigen eines Verbrechens oder einer schweren Polizey = Uebertretung vorkommen.

Wenn die bey dem Landrechte eingebrachte Klage auf Trennung auf einen solchen Grund, der sich zu einem Verbrechen oder zu einer schweren Polizey = Uebertretung eignet, z. B. auf einen versuchten Gattenmord, auf eine schwere Verwundung, auf die Unzucht mit den Ehegenossen der Aeltern, Kinder, oder Geschwister ꝛc. gestützt erscheint, oder wenn sich im Laufe der Verhandlung über die Trennung rechtliche Anzeigungen eines Verbrechens oder einer schweren Polizey = Uebertretung ergeben, so muß das Landrecht die Sache an die Criminal = oder politische Strafbehörde zur vorläufigen Untersuchung dieser strafwürdigen Handlungen verweisen; doch kann die Strafbehörde über die Trennung selbst nicht entscheiden, sondern muß die Entscheidung hierüber nach geschöpftem Erkenntnisse über das Verbrechen oder die schwere Polizey-Uebertretung dem Landrechte anheimstellen, worüber ein Mehreres bey Ungültigerklärung der Ehe im §. 138 vorgekommen ist.

§. 270.

Benehmen des Richters bey einem auffallend ungegründeten Gesuche um Trennung.

Kommt bey dem Landrechte ein auffallend ungegründetes Gesuch des einen Ehegatten um Auflösung der Ehe ein, z. B. er begehrt die Trennung aus einem im §. 115 gar nicht ausgedrückten Grunde, oder zwar wegen Ehebruches, aber mit dem Beysatze daß er denselben zu erweisen nicht im Stande sey, so ist ein solcher Ehegatte vorerst allein vorzuladen, und wo möglich zum Abstehen von seinem Vorhaben zu bereden. (Vergl. §. 139.)

§. 271.

Der erste Schritt des Richters bey einer gegründeten Trennungsklage, ist die Bestellung eines Defensor matrimonii.

Erscheint hingegen das eingebrachte Trennungsgesuch nicht als ungegründet, oder ist der klagende Ehegatte zur Zurücknahme

Digitized by Google

seines scheinbar ungegründeten Begehrens nicht zu vermögen, so hat das Landrecht zur ordentlichen Untersuchung und Verhandlung zu schreiten, und zuvörderst einen Vertheidiger des Ehebandes zu bestellen. Die Vertheidigung des Ehebandes ist in der Regel dem Fiscalamte, ist aber dieses verhindert oder bey der Sache interessirt, einem andern verständigen und rechtschaffenen Manne aufzutragen. Nur die Ehen der Juden und die der Einwohner des Ascher Bezirkes in Böhmen bedürfen eben so wenig im Falle der Trennung als der Ungültigerklärung einer fiscalämtlichen Vertretung. (Siehe §. 140.)

§. 272.

Anordnung einer Tagsatzung. Vorladung der Parteyen. Zulässige Beyziehung von Rechtsfreunden.

Zugleich hat das Landrecht eine Tagsatzung anzuordnen und dazu beyde Ehegatten mit dem Bedeuten vorzuladen, daß sie dabey in Person erscheinen sollen, damit es dem Richter möglich werde, sie unmittelbar über alle Umstände zu vernehmen, die zum Beweise des in der Divortial-Klage, oder in dem gemeinschaftlichen Trennungsgesuche angegebenen Trennungsgrundes erforderlich sind. Das Landrecht kann demnach die Einbringung bloß schriftlicher Aeußerungen oder statt der Parteyen selbst nur die Erscheinung von Rechtsfreunden oder andern Bevollmächtigten bey der Tagsatzung keineswegs angehen lassen. Doch kann es nicht verbiethen, daß die Parteyen entweder außergerichtlich den Rath von Advocaten einhohlen, oder diese auch mit sich zu der Tagsatzung bringen, um sich ihres Beystandes unter der Leitung des Gerichtes zu bedienen. Außer den beyden Eheleuten muß aber auch der bestellte Vertheidiger des Ehebandes zur Tagsatzung vorgeladen werden, weil er, wenn von einem Ehegatten auf Trennung geklagt worden, in Gemeinschaft mit dem andern Ehegatten der Gegner des Klagenden; wenn aber von beyden Eheleuten ein gemeinschaftliches Gesuch um Auflösung des Ehebandes eingereicht worden, der Gegner beyder Ehegatten ist. Mit dem Vorladungs-Decrete muß dem Vertreter des Ehebandes auch die Divortial-Klage oder das gemeinschaftliche Trennungsgesuch der Eheleute sammt Beylagen zugestellt werden, weil es ihm, wenn er keine

vorläufige Kenntniß von den Beweismitteln, die zur Begründung der Klage oder des Gesuches angeführt wurden, erhielte, unmöglich fallen würde, bey der Tagsatzung sein Amt pflichtmäßig zu versehen. (Vergl. §. 141.)

§. 273.

Pflichten des Vertheidigers der Ehe während der Untersuchung des Trennungsgrundes.

Der bestellte Vertheidiger der Ehe hat die Pflicht, über alle als Grund der Ehetrennung angegebenen Umstände genaue Erkundigungen einzuziehen. Ist die Trennung von einem Ehegatten mittelst Klage begehrt worden, so kann ihm der Geklagte, der ein gleiches Interesse als er hat, mit Behelfen zur Vertheidigung der Ehe an die Hand gehen. An diesen muß er sich also wenden. Ist aber die Trennung wegen unüberwindlicher Abneigung von beyden Eheleuten angesucht worden, so kann er nur aus dem eingereichten Trennungsgesuche, aus dessen Beylagen und aus den Aussagen der Eheleute bey den Verhören, welchen er beyzuwohnen befugt ist, entnehmen, um was für Umstände und bey welchen Personen er sich zu erkundigen hat, um die zu seinem Zwecke taugenden Behelfe sich zu verschaffen. Den von einem oder von beyden Ehegatten auf Trennung gestellten Antrag und die zur Unterstützung desselben beygebrachten Beweismittel hat er sorgfältig zu prüfen, und eine gründliche und gewissenhafte Aeußerung an das Gericht abzugeben, ob er den Antrag dem Gesetze gemäß und vollständig erwiesen finde, oder was für gegründeten und erheblichen Einwendungen und Bedenken derselbe unterliege. Begeht er hierin ein Versehen, oder zeigt er Parteylichkeit, so muß der Richter dieses von Amtswegen rügen. (Siehe §. 142.)

§. 274.

Was hat zu geschehen, wenn ein Ehegatte minderjährig, pflegebefohlen, unbekannten Aufenthaltes, oder gegen den ihn vorladenden Richter ungehorsam ist?

Wenn ein Ehegatte, oder sowohl der eine als der andere, minderjährig oder pflegebefohlen ist; wenn der auf Trennung geklagte

Theil sich an einem unbekannten Orte aufhält, oder wenn er der gerichtlichen Vorladung nicht Folge leistet, so ist hier mit den nöthigen Modificationen alles das anwendbar, was in dieser Hinsicht bey der Scheidung von Tisch und Bett (§§. 43 u. 45) gesagt worden ist. Nur kann gegen den ungehorsamen Ehegatten, welcher auf die wiederhohlte gerichtliche Vorladung nicht vor Gericht erscheint, kein eigentliches Contumaz-Urtheil auf Trennung der Ehe ergehen, weil bloß wegen seines Ausbleibens der Trennungsgrund noch nicht als wahr angenommen werden kann, sondern vollständig bewiesen werden muß. Das Contumaz-Urtheil gründet sich auf ein stillschweigendes oder vielmehr vermuthetes Geständniß, welches aber nach §. 99 des b. G. B. bey der Trennung der Ehe eben so wenig die Kraft eines Beweises hat, als bey der Ungültgerklärung derselben. (Vergl. auch §. 143.)

§. 275.

Wie die Ehegatten zu vernehmen, wenn beyde bey der Tagsatzung erscheinen.

1. Diejenigen Grundsätze, welche in dem Falle, wenn beyde Ehegatten sich der Vorladung des Richters zur Tagsatzung fügen, bey Ungültigerklärung der Ehe (§. 144) auseinander gesetzt worden sind, finden auch bey der Trennung der Ehe ihre Anwendung; nur müssen sie gehörig angepaßt, und einige, welche auf die Trennung gar nicht passen, weggelassen werden. Doch will ich sie, theils dieser Aenderungen, theils einiger zu machenden Zusätze wegen, hier wiederhohlen, aber ohne Anführung der Gesetze, worauf sie beruhen, weil diese ohnehin keine anderen sind, als der §. 14 und der §. 4 verglichen mit §. 13 des Hofdecretes vom 23. August 1819, Nr. 1595 der J. G. S. Erscheinen also beyde Ehegatten, freywillig oder auch einer gezwungen, bey der ersten oder bey der erstreckten Tagsatzung, so muß der Richter jeden Theil über den Gegenstand der Untersuchung zweckmäßig und in gehöriger Ordnung verhandeln lassen. Der Gegenstand der Untersuchung ist hier das wirkliche Daseyn des angebrachten gesetzlichen Trennungsgrundes.

2. Die Zweckmäßigkeit der Verhandlung bestehet darin, daß so schnell, so kurz und so unnachtheilig für die Ehre der Ehegat-

ten, als es nur möglich ist, das Daseyn oder Nichtdaseyn des angeführten Trennungsgrundes, und eine gründliche Beurtheilung und gerechte Entscheidung der Trennungsangelegenheit vorbereitet werde. Deßwegen soll sich der Richter oder vielmehr der von dem Gerichte bestimmte Untersuchungs-Commissär in die Erhebung unbedeutender Umstände, welche auf die Entscheidung der Sache keinen Einfluß haben können, nicht einlassen; jedoch immer wohl überlegen, ob nicht ein Umstand, der ihm bey dem ersten Anblicke als unbedeutend erscheint, in Verbindung mit andern, oder in den Augen anderer Gerichtsmitglieder, die hierüber noch ihre Meinung abzugeben haben würden, als wichtig erscheinen könnte. Nicht angebrachte Trennungsgründe soll er nicht einmengen, d. h. wenn er durch die Vernehmung der Parteyen oder durch die ämtliche Erforschung der Umstände auf die Entdeckung geleitet würde, daß die Trennung der Ehe allenfalls aus einem andern als dem angeführten Grunde leichter durchgesetzt werden könnte, soll er die Partey auf keine Art darauf aufmerksam machen, theils weil die Partey Ursachen haben kann, einen solchen Trennungsgrund nicht geltend zu machen, theils weil es ihrem freyen Willen heimgestellt seyn muß, wie sie ihr Privat-Recht vor Gericht verfolgen wolle, theils weil der Richter für die Aufrechthaltung der Ehe mehr besorgt seyn soll als für die Auflösung des Ehebandes. Noch weniger geht es an, daß der Richter zur Befriedigung seiner Neugierde solche Umstände und Familien-Verhältnisse, die dem guten Nahmen der Eheleute oder ihrer Angehörigen Abbruch thun könnten, zum Gegenstande seiner Erforschung mache, so lange dieselben von keiner Partey als Grund ihres Begehrens oder ihrer Vertheidigung angeführet werden. Ferner soll der Richter weder den Parteyen, noch ihren Vertretern Umtriebe zur Verlängerung der Untersuchung gestatten. Solche Umtriebe sind von dem Ehegatten, gegen dessen Willen die Trennung verlangt wird, noch mehr aber von seinem zugezogenen Rechtsfreunde, zu besorgen, der außer dem Auftrage der Partey öfters noch eigene Beweggründe dazu hat. Bisweilen kann eine oder die andere Partey auch unabsichtlich dazu beytragen, daß sich die Untersuchung in die Länge ziehe, wenn sie in ihren Antworten auf Nebendinge abschweift, weitläufige Geschichten, auf deren Kenntniß es bey der Entscheidung gar nicht

Digitized by Google

ankommt, zu erzählen anfängt, oder aus Redeseligkeit, aus Mangel eines geordneten Vortrages verschiedene Gegenstände bunt durcheinander wirft, und so den Faden der Untersuchung verwickelt. Auch solchen Abschweifungen, besonders aber den gar nicht ungewöhnlichen Schmähungen gegen die andere Partey muß der Richter Einhalt zu thun, und die Untersuchung in ihrem ordentlichen Geleise, und auf dem geraden Wege, der am schnellsten und kürzesten zum Ziele führt, zu erhalten suchen.

3. Die gehörige Ordnung fordert es keineswegs, daß der Richter bey der Tagsatzung die beyden erschienenen Eheleute zugleich vorlasse, und einen jeden in Gegenwart des andern vernehme. Er würde in den meisten Fällen sich selbst das Geschäft der Untersuchung erschweren, oder gar den Zweck derselben verfehlen, wenn ein Ehegatte erführe, was der andere auf die Fragen des Richters geantwortet habe. Der Richter wird also nur einen Ehegatten nach dem andern vor sich erscheinen lassen, und ihn ohne Beyseyn des andern zum Protokoll vernehmen. Ist die Trennung von einem Ehegatten wider den Willen des andern begehrt worden, so bringt es die Ordnung mit sich, daß der Kläger vor dem Geklagten vernommen werde. Der Richter kann bey dieser Gelegenheit durch Ermahnungen auf das Gemüth des Klägers zu wirken versuchen, daß dieser die Divortial-Klage freywillig zurücknehme. Es ist zwar durch den §. 15 des Hof-Decretes vom 23. August 1819 die Vorladung des klagenden Ehegatten allein und der richterliche Versuch, ihn durch zweckmäßige Vorstellungen zur Abstehung von seinem Vorhaben zu vermögen, nur bey einem auffallend ungegründeten Trennungsgesuche vorgeschrieben; aber doch auch für den Fall, wo dasselbe als gegründet erscheint, wenigstens nicht untersagt. Es gehört ja unter die vorzüglichsten Pflichten des Richters, der Auflösung des Ehebandes nach Möglichkeit vorzubeugen, und diese Pflicht erfüllet er durch die Vorrufung des klagenden Theiles allein, den er allenfalls umzustimmen hofft. Ist aber die Trennung von beyden Ehegatten aus dem Grunde der unüberwindlichen Abneigung angesucht worden, so dürfte es ziemlich gleichgültig seyn, welchen der Richter zuerst vernehmen will; doch wäre es auch in diesem Falle nicht räthlich, gleich Anfangs beyde zugleich in das Verhör zu nehmen. Der bestellte Vertheidiger

des Ehebandes sollte bey allen Verhören der Eheleute gegenwärtig seyn, damit er von dem Begehren und den Gründen beyder Eheleute die nöthige Kenntniß erhalte und sich so in den Stand setze, ein gründliches Gutachten an das Gericht abzugeben.

4. Uebrigens hängt es bloß von dem vernünftigen Ermessen des Richters ab, wie oft, und in welcher Ordnung er die Parteyen bey einer Tagsatzung zum Vortrage kommen lassen, ob, wie vielmahl und auf welche Zeit er die Tagsatzung erstrecken wolle; denn er ist in dieser Verhandlung an keine Regeln gebunden, als die das Wesentliche einer einfachen, zweckmäßigen und gründlichen Untersuchung über das Daseyn des angegebenen Trennungsgrundes ausmachen.

§. 276.

Vereinigungsversuch, in der Regel ohne vorläufige Vorstellungen und darüber ausgefertigtes Zeugniß des Pfarrers.

1. Bey der Untersuchung über die Ungültigkeit einer Ehe kann der Richter, bevor dieselbe bis zum Spruche fortgeschritten ist, nicht wohl einen Versuch machen, die Convalidation der bestrittenen Ehe durch das Einverständniß der Parteyen herbeyzuführen (§. 164); die Bedenklichkeiten, die einem früheren Versuche entgegen stehen, fallen aber in dem Falle weg, wo es sich um die Trennung einer gültigen Ehe handelt. Daher kommt es bloß auf die Beschaffenheit der Umstände an, wann der Richter bey einer von Akatholiken angesuchten Trennung der Ehe nach Vorschrift des §. 16 des Hof-Decretes vom 23. August 1819 eine gütliche Ausgleichung der Eheleute zu bewirken und die getrennten Gemüther wieder zu vereinigen suchen soll.

2. Es ist nirgends vorgeschrieben, daß dem Gesuche um Trennung der Ehe eben so wie dem Gesuche um eine uneinverständliche Scheidung von Tisch und Bett, ein Zeugniß des Seelsorgers beygelegt werde, daß er den Eheleuten die nachdrücklichsten Vorstellungen zur Wiedervereinigung gemacht, und damit nichts ausgerichtet habe. Nur bey den Trennungen, die von Juden mit ihrer wechselseitigen freyen Einwilligung vorgenommen werden wollen, ist dieses im §. 133 des b. G. B. angeordnet, und bey Gesuchen der Akatholiken um Auflösung des Ehebandes wegen unüberwinde

Digitized by Google

licher Abneigung läßt sich eben dasselbe aus der letzten Anordnung des §. 115 wenigstens folgern (§. 249, Nr. 16 u. 17); aber eben diese besondere Bestimmung für die erwähnten Fälle bestätiget für die übrigen die Regel, daß die vorläufigen Ermahnungen des Seelsorgers bey der Ehetrennung nicht nothwendig sind. Hierzu kommt noch, daß der letzte Satz des §. 115 in Trennungsfällen nach den für die Ungültigerklärung der Ehe ertheilten Vorschriften zu verfahren befiehlt, unter welchen aber die Vorschrift zur Beybringung eines Zeugnisses über den fruchtlosen Versuch des Seelsorgers, die Eheleute durch Vorstellungen wieder zu vereinigen, nicht enthalten ist. Die Ursache, warum nur in den angeführten zwey Ausnahmsfällen, nicht aber auch in den übrigen Trennungsfällen die Beybringung des erwähnten pfarrlichen Zeugnisses erforderlich ist, liegt wahrscheinlich in dem Umstande, daß nur in jenen Fällen, nicht aber auch in diesen, sich noch eine Aussöhnung der Eheleute hoffen läßt.

3. Gegen die unter Nr. 2 aufgestellte Behauptung könnte man zwar einwenden, daß nach §. 13 des Hofdecretes vom 23. August 1819 in Fällen einer Untersuchung über begehrte Ehetrennung die für das Verfahren bey der Scheidung von Tisch und Bett gegebenen Vorschriften, unter welchen sich auch die Vorschrift über die Vorausschickung der gütlichen Vorstellungen des Seelsorgers findet, zu beobachten sind. Allein der §. 13 des gedachten Hofdecretes redet nur von den Vorschriften, welche in diesem Hofdecrete selbst §. 1 — 12 über das Verfahren bey Scheidungen ertheilt worden sind; die Vorschrift aber, daß bey einer Scheidung von Tisch und Bett die gütlichen Vorstellungen des Seelsorgers vorausgehen müssen, ist nicht in den zwölf Paragraphen jenes Hofdecretes, die von der Scheidung handeln, sondern bloß in dem §. 107 des b. G. B. enthalten.

4. Bedeutender scheint der Einwurf zu seyn, den man aus dem Justiz-Hofdecrete vom 10. August 1821, Nr. 1789, und dem Hofkanzley-Decrete vom 6. Januar 1822 herhohlen könnte, worin verordnet wird: »daß vor der Trennung sowohl als auch vor der Scheidung jüdischer Eheleute, wovon ein Theil zur christlichen Religion übergetreten ist, jederzeit zuerst der competente christliche Seelsorger und Religionslehrer dem christlich gewordenen Ehe-

Digitized by Google

theile hierwegen die geeigneten Ermahnungen zu machen habe, wobey es ihm auch unbenommen bleibt, dieselben auch dem jüdisch gebliebenen Ehetheile, wenn derselbe freywillig seiner Einladung Gehör gibt, zu Gemüthe zu führen. Nach fruchtlos versuchten Ermahnungen des christlichen Religions-Lehrers hat sodann das betreffende Gericht den Vergleichsversuch mit beyden Eheleuten vorzunehmen, und erst, wenn auch dieser vergebens war, sein Amt weiters nach den Gesetzen zu handeln.« Doch auch dieser Einwurf läßt sich heben. Die angeführten Hof-Decrete sind von dem Falle zu verstehen, wo eine von Juden geschlossene gültige Ehe mit ihrer wechselseitigen freyen Einwilligung vermittelst eines von dem Manne der Frau gegebenen Scheidebriefes getrennt werden soll. Das Recht, die Ehe auf solche Art zu trennen, bleibt den Eheleuten, die als Juden geheirathet haben, nach dem §. 136 des b. G. B. auch dann noch unbenommen, wenn ein Theil zur christlichen Religion übergetreten ist. Nur für den obengedachten Fall schreibt der §. 133 des b. G. B. ausdrücklich vor, daß vor der Trennung der Rabbiner oder jüdische Religions-Lehrer durch seine Vorstellungen die Wiedervereinigung der jüdischen Eheleute versuchen soll. Es entstand aber die Frage, welcher Religions-Lehrer, der jüdische oder der christliche, nach dem Uebertritte eines jüdischen Ehegatten zur christlichen Religion die im §. 133 vorgeschriebenen Ermahnungen an die Eheleute zu machen habe. Jene Hof-Decrete entscheiden für den letztern. Diese für einen besondern Fall gegebene Entscheidung kann also nicht auf alle andern Trennungsfälle, in welchen die Gesetze keine vorläufigen Vorstellungen des Seelsorgers fordern, ausgedehnt werden.

5. Obgleich aber die Verwendung des Seelsorgers für die Wiedervereinigung der Eheleute bey der Trennung im Allgemeinen keineswegs vorgeschrieben ist, so ist es doch auch nirgends verbothen, dieselbe in Anspruch zu nehmen, wenn nach der Beschaffenheit der Umstände davon eine gute Wirkung zu erwarten ist. Die Trennungsgründe fallen ja mit den Scheidungsursachen größten Theils zusammen, und sind in Hinsicht auf die Eheleute immer Privat-Injurien, von denen der Staat wünschet, daß sie nicht zur Auflösung des Ehebandes führen, wenn er sie auch, wie z. B. Nachstellungen oder schwere Mißhandlungen, ex causa publica bestrafet.

Digitized by Google

§. 277.

Das Daseyn des Trennungsgrundes muß vollständig bewiesen werden.

Wie bey der Untersuchung über die Ungültigkeit der Ehe das Daseyn des dieselbe begründenden Ehehindernisses, so muß auch bey einer angesuchten Trennung der Ehe, das Daseyn des gesetzlichen Trennungsgrundes, worauf die Trennungsklage oder das Trennnngsgesuch gestützt wird, vollständig bewiesen werden[1]. Denn die Trennungsgründe bestehen in factischen Umständen, beruhen auf Thatsachen, die nicht vermuthet werden, sondern einen vollständigen Beweis erfordern, damit der Richter das Recht, welches die Parteyen daraus ableiten, ihnen zuzuerkennen vermöge. Nur bey dem Trennungsgrunde der unüberwindlichen Abneigung, die an sich keine äußere, in die Sinne fallende Handlung, sondern ein Gemüthszustand ist, muß sich der Richter mit Wahrscheinlichkeitsgründen und gesetzlichen Vermuthungen begnügen. (§. 249 Nr. 6 bis 12.)

§. 278.

Das Geständniß hat bey der Ehetrennung nicht die Kraft eines Beweises.

Vermöge der im vorhergehenden §. angeführten Gesetze hat das Geständniß des auf Trennung der Ehe geklagten Ehegatten, daß der von dem Klagenden angegebene Trennungsgrund wirklich vorhanden sey, eben so wenig die Kraft eines Beweises, wie bey der Ungültigerklärung das Geständniß des obwaltenden Ehehindernisses, es mag das Geständniß ein gerichtliches oder außergerichtliches, ein ausdrückliches, stillschweigendes oder ein vermuthetes, d. i. ein sogenanntes Contumacial-Geständniß seyn. Der Grund davon liegt in der offenbaren Gefahr eines hinterlistigen Einverständnisses zwischen den Eheleuten, daß sie durch das Vorgeben eines in der That nicht vorhandenen gesetzlichen Trennungsgrundes einerseits, und durch die Eingestehung desselben andererseits die gewünschte Auflösung des ihnen lästigen Ehebandes zu bewirken suchen wollen. Das Eingeständniß aber, daß der Trennungsgrund nicht obwalte, in so weit es von dem geklagten Theile ausgeht, kann dem anderen Theile sein vielleicht wohl begründetes

[1] §. 115 des b. G. B. am Ende, §§. 13 u. 14 des Hofdecretes vom 23. August 1819, verglichen mit §. 99 des b. G. B.

Digitized by Google

Recht auf Trennung natürlicher Weise nicht vereiteln. Würde hingegen im Laufe der Verhandlung der klagende Ehegatte selbst zu einem solchen Geständnisse schreiten, so fiele sein Klagegrund weg, und der Richter könnte nicht mehr auf Trennung der Ehe sprechen.

§. 279.

Der Beweis durch den Haupteid ist ganz unzulässig.

Ebenfalls aus Besorgniß des Mißbrauches kann ein Ehegatte dem andern weder zum Beweise des Daseyns, noch zum Gegenbeweise des Nichtdaseyns eines angebrachten Trennungsgrundes den Haupteid auftragen. Wäre das Erstere gestattet, so hätte der Ehegatte, dem der Haupteid aufgetragen würde, zu schwören, daß der Trennungsgrund nicht vorhanden sey. Da wäre nun zu besorgen, daß ein solcher Ehegatte entweder zu Folge einer mit dem andern getroffenen Verabredung, zwar den ihm aufgetragenen Haupteid annähme, ihn aber bey der dazu angeordneten Tagsatzung nicht ablegte, wo dann nach §. 210 der G. O. das Widerspiel dessen, was er zu beschwören gehabt hätte, also das Vorhandenseyn des Trennungsgrundes für wahr zu halten wäre; oder daß derselbe Ehegatte den ihm aufgetragenen Haupteid zurückschieben, der auftragende Ehegatte aber das Vorhandenseyn des Trennungsgrundes beschwören werde. In beyden Fällen müßte der Richter auf Trennung der Ehe erkennen. — Wäre aber das letztere durch das Gesetz zugelassen, so hätte der Ehegatte, dem der Eid deferirt würde, entweder das Vorhandenseyn des Trennungsgrundes zu beschwören, und da könnte er, um seinen Zweck zu erreichen, in die Versuchung kommen, einen falschen Eid zu schwören, oder er müßte den ihm aufgetragenen Eid referiren, und dann könnte der auftragende Ehegatte im Einverständnisse mit ihm es unterlassen, den zurückgeschobenen Eid zu leisten, d. i. seine eigene Behauptung, daß der Trennungsgrund nicht vorhanden sey, zu beschwören, wo dann wieder das Widerspiel desselben, d. i. das Vorhandenseyn des Trennungsgrundes als wahr angenommen, und auf Trennung der Ehe gesprochen werden müßte. So wäre, im Falle sowohl des gestatteten Beweises, als des erlaubten Gegenbeweises durch den Haupteid, die Trennung einer gültig

Digitized by Google

geschlossenen Ehe der Willkühr leichtsinniger und gewissenloser Ehegatten Preis gegeben, schändlichen Collusionen der Eheleute zum Nachtheile des bestehenden Ehebandes weiter Spielraum gelassen, und ärgerlichen Meineiden die Thüre gröffnet. Noch mehrere Gründe für die absolute Unzulässigkeit des Haupteides als Gegenbeweismittels sind bey der Ungültigerklärung der Ehe (§. 147, Nr. 5. und 6) angeführt worden, und können mit geringen Veränderungen auch der Ehetrennung angepaßt werden.

§. 280.

Ob der Erfüllungseid als Beweis- oder als Gegenbeweismittel in Trennungsfällen zulässig sey?

1. Als Beweismittel über das Daseyn eines Trennungsgrundes kann der Erfüllungseid sicher nicht gebraucht werden. Der §. 99 des b. G. B. verordnet deutlich, daß über das Daseyn eines Ehehindernisses, also in Gemäßheit des Schlußsatzes im §. 115, auch über das Vorhandenseyn eines Trennungsgrundes einem Eide der Ehegatten nicht Statt gegeben werden kann. Unter diesem unbestimmten Ausdrucke, der nach einer bekannten Auslegungsregel einem generellen gleich gilt, ist aber der Erfüllungseid eben so gut als der Haupteid begriffen. Hätte der Gesetzgeber den Erfüllungseid nicht mit begreifen wollen, so wäre es ihm ja sehr leicht gewesen, im §. 99 zu sagen: dem Haupteide. Auch das Hofdecret vom 23. August 1819 spricht im §. 13 von der »Unzulässigkeit des Beweises durch Eid« überhaupt, ohne einen Unterschied zwischen dem Haupteide und dem Erfüllungseide zu machen. Endlich wäre die Zulassung des Erfüllungseides zum Beweise des Trennungsgrundes ebenfalls gefährlich. Ein Zeuge für das Daseyn eines ausgedachten Trennungsgrundes ist nicht schwer aufzutreiben. Die Macht der Leidenschaften kann einen unzufriedenen Ehegatten leicht verleiten, zur Ergänzung des halben Beweises durch den gewonnenen Zeugen noch den Erfüllungseid anzubiethen und abzuschwören, und so die Auflösung des Ehebandes widerrechtlich zu bewirken. Die Gegengründe, wovon nicht einmahl alle auf Trennungen passen, sind an einem andern Orte (§. 148) widerlegt worden.

2. Zulässiger scheint, wenn ja bey einer ämtlichen Untersu-

Digitized by Google

chung die Führung eines Gegenbeweises durch Eid nicht gänzlich ausgeschlossen ist, der Erfüllungseid zu seyn, welchen der geklagte Ehegatte zur Ergänzung seines Gegenbeweises, daß der von dem andern Theile vorgegebene Trennungsgrund nicht existire, gerichtlich anbiethet. Denn alle Bedenklichkeiten, welche sich gegen die Zulässigkeit des Haupteides als Gegenbeweismittels für das Nichtvorhandenseyn eines Trennungsgrundes erheben, fallen bey dem Erfüllungseide weg, welchen der geklagte Ehegatte zu einem gleichen Zwecke benützen will. (Siehe §. 149.)

§. 281.

Ob das Geständniß und der Eid der Ehegatten zulässig sind zum Beweise des Umstandes, von welchem der Verlust des Rechtes abhängt, die Trennung der Ehe zu begehren?

Es ist bereits (§. 266) erinnert worden, daß der beleidigte Ehegatte das Recht verliere, die Trennung der Ehe zu begehren, wenn er nach dem ihm bekannt gewordenen Eintritte gewisser Trennungsgründe die eheliche Beywohnung mit dem andern Ehegatten fortsetzt. Es fragt sich, ob dieser Umstand, von welchem der Verlust des gedachten Rechtes abhängt, durch das Geständniß oder einen Eid der Ehegatten bewiesen werden könne? Eine ähnliche Frage ist in der Lehre von der Ungültigerklärung einer Ehe (§. 151) vorgekommen, und bejahend beantwortet worden. Eben dieselben Gründe, die dort angeführt wurden, streiten auch hier für die bejahende Beantwortung der aufgestellten Frage. Es ist also nicht nöthig, sie zu wiederhohlen, und ich habe nur zu bemerken, daß, wo dort die Ausdrücke: Anfechtung der Gültigkeit der Ehe, Ungültigerklärung und Ehehinderniß gebraucht worden sind, hier die Worte: Begehren der Auflösung des Ehebandes Trennung der Ehe und Trennungsgrund substituirt werden müssen.

§. 282.

Auch der Beweis des Trennungsgrundes aus Zusammentreffen der Umstände ist unstatthaft.

Das Gebieth der Civil-Streitigkeiten ist so unermeßlich, daß es für die Gesetzgebung völlig unmöglich ist, dem Richter sichere Regeln vorzuschreiben, nach welchen er den Beweis aus Zusammentreffen der Umstände im Civil-Prozesse zu formiren hätte.

Digitized by Google

Die Gestattung eines solchen Beweises würde daher die richterliche Willkühr zu sehr erweitern und könnte die größte Rechtsunsicherheit herbeyführen [1]; deßwegen schweigt unsere bürgerliche Gerichtsordnung von dieser Art des Beweises gänzlich. Wir haben vielmehr ein ausdrückliches Hofdecret vom 11. Junius 1814, worin es heißt, daß »eine Beweisführung aus Zusammentreffen der »Umstände dem Erkenntnisse über die Scheidung nicht zum Grunde »gelegt werden kann.« Da nun die Vorschriften für das Verfahren bey der Scheidung von Tisch und Bett auch auf die Fälle einer angesuchten Ehetrennung Anwendung finden, so kann kein Zweifel seyn, daß auch über das Daseyn eines angeführten Trennungsgrundes aus Zusammentreffen der Umstände kein Beweis geführt werden könne.

§. 283.

Ob der Beweis des Trennungsgrundes durch ein auf Geständniß, Eid oder Zusammentreffen der Umstände sich gründendes, bey einer andern Gelegenheit gefälltes, Urtheil zulässig sey?

Es fügt sich bisweilen, daß das Factum, welches einen Trennungsgrund ausmacht, schon bey einer frühern Gelegenheit, da noch kein Gedanke von einer Trennung der Ehe, mithin auch keine Besorgniß eines arglistigen Einverständnisses der Ehegatten zum Nachtheile des Ehebandes vorhanden war, durch das Geständniß, oder durch den Eid eines Ehegatten oder aus Zusammentreffen der Umstände erwiesen, und darauf ein Straf- oder Civil-Urtheil gegründet worden ist; z. B. daß die Frau bey Untersuchung des Ehebruches als einer schweren Polizey-Uebertretung denselben bey der politischen Behörde eingestanden, oder daß sie den Beweis schwerer, von dem Manne erlittener, Mißhandlungen als Grund der angesuchten Scheidung von Tisch und Bett durch einen hier nicht unzulässigen Eid bey dem Civil-Gerichte hergestellt hat, oder daß sie bey einem Criminal-Gerichte aus Zusammentreffen der Umstände der Nachstellungen gegen den Mann überwiesen worden, und daß auf dergleichen Beweise ein Straf- oder Civil-Urtheil gegen sie ergangen ist. Es entsteht nun die

[1] Pratobevera's Materialien II. Band I. Abhandl. S. 59—64.

Frage: ob das Landrecht, welches jetzt über ein vorliegendes Trennungsgesuch zu erkennen hat, das auf ein solches schon vormahls durch das Geständniß, einen Eid, oder aus Zusammentreffen der Umstände erwiesenes Factum als gesetzlichen Trennungsgrund gestützt und mit dem darüber erflossenen Urtheile eines Straf- oder Civil-Gerichtes belegt ist, dieses Urtheil als ein gültiges Beweismittel des angebrachten Trennungsgrundes ansehen könne? Allerdings; denn das Landrecht kann ja dergleichen rechtskräftig gewordene Erkenntnisse eines andern Straf- oder Civil-Gerichtes, oder auch seine eigenen, in einer andern Rechtssache geschöpften Urtheile, nicht aufheben oder als nicht ergangen betrachten, sondern muß dieselben, wenn sie ordentlich ausgefertigt worden sind, als öffentliche, von den dazu berechtigten Behörden in Amtssachen errichtete, Urkunden anerkennen, welchen in Ansehung des Factums, worüber sie errichtet worden sind, voller Glauben beyzumessen ist. Ein solches Factum aber ist in unserem Falle eben der, von dem die Auflösung des Ehebandes begehrenden Ehegatten angeführte, Trennungsgrund. (Vergl. §. 152).

§. 284.

Zulässige Beweisesarten der Trennungsgründe.

Da von dem Beweise durch Geständniß, Eid, und aus dem Zusammentreffen der Umstände in Trennungsangelegenheiten beynahe kein Gebrauch zu machen ist, so bleiben dabey nur die Urkunden, Zeugen und Kunstverständige zur Anwendung übrig. Was über diese Beweisesarten durch den §. 14 des Hofdecretes vom 23. August 1819 im Allgemeinen vorgeschrieben ist, findet man im §. 153 angeführt. Unter den öffentlichen Urkunden können zum Beweise eines Trennungsgrundes vorzüglich die im vorhergehenden Paragraphe erwähnten, bey einer andern Gelegenheit über ein Factum, das jetzt als Trennungsgrund zur Sprache kommt, gefällten, Straf- und Civil-Urtheile, wie auch gerichtliche Protokolle dienen, worin das jetzt als Trennungsgrund in Anregung gebrachte Factum, z. B. der Ehebruch, entweder als eingestanden oder als durch glaubwürdige Aussagen der Zeugen bestätiget erscheint. Daß bey einer wegen Verurtheilung des einen Ehegatten zur Kerkerstrafe angesuchten Trennung das gefällte Criminal-Urtheil den urkund-

Digitized by Google

lichen Beweis des Trennungsgrundes liefert, versteht sich von selbst. Privat-Urkunden der Ehegatten können höchstens bey dem Trennungsgrunde des Ehebruches oder der bpshaften Verlassung einen sehr beschränkten Gebrauch haben, weil sie im Grunde nur schriftliche Geständnisse sind, denen das Gesetz zum Beweise eines Ehehindernisses, mithin auch eines Trennungsgrundes, keine Kraft zugesteht. Was übrigens in Ansehung des Beweises durch Urkunden noch zu bemerken ist, enthält der §. 154. Gewöhnlich suchen die Trennungswerber den Beweis des Trennungsgrundes durch Zeugen herzustellen. Es sind aber über diesen Beweis in Hinsicht auf die Ehetrennung keine besonderen Vorschriften vorhanden, sondern es gelten dabey, gehörig angewendet, eben dieselben, die theils bey der Scheidung von Tisch und Bett, theils bey der Ungültigerklärung der Ehe vorgekommen sind, daher ich zur Vermeidung der Wiederhohlung lediglich dahin (§§. 55 und 155) verweise. Deßgleichen muß ich mich auch in Betreff des Beweises durch Kunstverständige bloß auf das beziehen, was darüber bey Gelegenheit der uneinverständlichen Scheidung von Tisch und Bett (§. 54) gesagt worden ist. Ohnehin ist der Gebrauch desselben in Trennungsfällen sehr beschränkt, und kann nur bey den Trennungsgründen der gefährlichen Nachstellungen oder der schweren Mißhandlungen eintreten.

§. 285.

Entscheidung des Trennungsfalles durch ein Urtheil. Beyziehung eines politischen Repräsentanten dazu.

1. Ist die Verhandlung über die Trennung einer Ehe so weit gediehen, daß das Recht, die Auflösung derselben zu verlangen als klar erwiesen, oder die Unmöglichkeit dieses Beweises außer Zweifel gesetzt erscheint, so muß das Verfahren geschlossen, und durch Urtheil entschieden werden, ob die Trennung Statt habe, oder nicht. Die Gesetze [1] machen keinen Unterschied, ob die Trennung von beyden Ehegatten wegen unüberwindlicher Abneigung, oder nur von einem Ehegatten aus einem andern Grunde des

[1] §. 18 des Hofdecretes vom 23. August 1819; Patent vom 22. Februar 1791 Nr. 3, lit. o.

§. 115 angesucht wurde, welches ganz mit dem Grundsatze übereinstimmt, daß bey der Trennung eben so verfahren werden soll, wie bey der Ungültigerklärung, welche immer durch ein Urtheil ausgesprochen werden muß. Durch einen Bescheid kann die Trennung wegen unüberwindlicher Abneigung um so weniger bewilliget oder abgeschlagen werden, als nicht nur der Vertheidiger des Ehebandes gegen die bewilligte, sondern auch die Trennungswerber gegen die abgeschlagene Auflösung der Ehe für jeden Fall nur zu appelliren, nicht zu recurriren angewiesen sind[1], und bekanntlich die Appellation nur gegen Urtheile, nicht aber gegen Bescheide Statt findet. In dem §. 1266 des b. G. B. scheint zwar die auf Verlangen beyder Ehegatten ihrer unüberwindlichen Abneigung wegen verwilligte Trennung derjenigen, worauf durch Urtheil erkannt wird, entgegengesetzt und dadurch angedeutet zu seyn, daß sie nicht durch Urtheil, also nur durch Bescheid geschehen könne; aber in demselben Paragraphe wird doch nicht gesagt, daß bey Bewilligung der Trennung wegen unüberwindlicher Abneigung kein Urtheil zu schöpfen sey. Die Entgegensetzung wird offenbar nur in der Absicht gemacht, um die verschiedenen Wirkungen darzustellen, welche die Auflösung des Ehebandes nach Verschiedenheit der Fälle, wenn sie entweder auf Ansuchen beyder Ehegatten wegen unüberwindlicher Abneigung, oder auf Begehren des einen Ehegatten aus einem andern Grunde verwilliget wird, haben soll. Deutlicher wäre freylich der Sinn des Gesetzes ausgedrückt, wenn im zweyten Satze des §. 1266 statt der Worte: durch Urtheil, die Ausdrücke: aus einem andern Grunde, gebraucht worden wären.

2. Das ausgearbeitete Referat hat der Rath, der die Verhandlung leitete, vorläufig dem politischen Repräsentanten mitzutheilen, der zur Beurtheilung und Entscheidung des Trennungsfalles von dem Landrechte zugezogen werden muß. Alles, was von diesem Repräsentanten bey Gelegenheit der Ungültigerklärung einer Ehe (§. 168 Nr. 2 — 4) gesagt worden ist, gilt auch bey der Trennung derselben.

---

[1] §. 18 des Hofdecretes vom 23. August 1819; Hofdecret vom 16. Februar 1792, Nr. 256.

Digitized by Google

seiner Rechte und Wirksamkeit, mit den gehörigen Modificationen, alles das Anwendung, was über diese Sache bey der Ungültigerklärung der Ehe (§. 171) bemerkt worden. Daher ich mich bloß dahin zu berufen nöthig habe.

§. 288.

Rechtsmittel gegen das Urtheil des Appellations-Gerichtes, wodurch das Erkenntniß des Landrechtes abgeändert worden.

Hat das Landrecht gegen die Trennung der Ehe gesprochen, das Appellations-Gericht aber dieses Urtheil abgeändert und auf Trennung der Ehe erkannt, so ist der Vertheidiger des Ehebandes ebenfalls verbunden, ohne weitere Rückfrage in der gewöhnlichen Frist, die jedoch weder bey der Appellation, noch bey der Revision eine Fallfrist ist (siehe §. 170 e), die Revision anzumelden, und nach dem Wechsel der Revisions-Schriften die Einsendung der Acten an die höchste Behörde zu verlangen. Denn seine Amtspflicht ist es, das öffentliche Interesse durch alle erlaubten Mittel zu verfechten, unter welche in diesem Falle die Revisions-Anmeldung um so mehr gehört, als durch das bey dem Landrechte günstig für die öffentliche Sache ausgefallene Urtheil viele Wahrscheinlichkeit begründet worden, daß dieselbe die gerechte sey. Ist aber bey dem Landrechte für, bey dem Appellations-Gerichte aber gegen die Trennung entschieden worden, so kann zwar der Trennungswerber als beschwerter Theil nach allgemeinen Grundsätzen das Rechtsmittel der Revision ergreifen; nicht aber der Vertheidiger des Ehebandes, weil er in diesem Falle durch das Appellations-Erkenntniß gar nicht beschwert ist. Allenfalls kann von dem beschwerten Trennungswerber gegen das Urtheil des Appellations-Gerichtes auch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begehrt, oder die Nullitäts-Beschwerde angebracht werden, wenn die in der Gerichtsordnung vorgeschriebenen Erfordernisse dazu vorhanden sind.

§. 289.

Das Urtheil des Appellations-Gerichtes, wodurch das Erkenntniß des Landrechtes gegen oder für die Trennung der Ehe bestätiget wird, unterliegt keiner Revision.

1. Da durch die beyden Hofdecrete vom 17. März 1817 und

23. August 1819 nur für den Fall, wo zwischen Katholiken, oder wenn ein Theil katholisch ist, auf Nichtigkeit, d. i. Ungültigkeit der Ehe erkannt wird, der aufgestellte Vertheidiger der Ehe angewiesen ist, ohne alle Rückfrage selbst bey gleichförmigen Urtheilen in der gewöhnlichen Frist die Revision anzumelden ꝛc.; so kann es keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß diese Vorschrift auf die Trennung der Ehe gar keine Beziehung habe, folglich daß es in Ansehung derselben bey der allgemeinen Regel des §. 260 der G. O. bleibe, also gegen gleichförmige Urtheile des Landrechts und des Appellations-Gerichtes, sie mögen für oder gegen die Trennung der Ehe ausgefallen und diese rein akatholisch oder gemischt seyn, keine Revision Platz greife, weder von Seite des bestellten Vertheidigers der Ehe, noch von Seite des Trennungswerbers. Daß gegen gleichförmige, von der ersten und zweyten Instanz gegen die Trennung der Ehe ergangene, Urtheile von dem Trennungswerber die Revision ergriffen werden könne, wird von Niemanden behauptet, und kann auch nicht behauptet werden, weil das Vorrecht, gegen zwey gleichförmige Erkenntnisse zu revidiren, offenbar nur dem Vertheidiger der Ehe ex causa publica, nicht einem Privaten eingeräumt worden ist. Auch die Behauptung, daß gegen ein sowohl bey dem Landrechte als bey dem Appellations-Gerichte übereinstimmend für die Trennung einer rein akatholischen Ehe ausgefallenes Erkenntniß von dem Vertreter des Ehebandes die Revision angemeldet werden müsse, ist noch nicht aufgestellt worden. Eben so wird zugegeben, daß die Verbindlichkeit, die Revision anzumelden, dem Vertheidiger der Ehe nicht obliegen könne, wenn Landrecht und Appellations-Gericht gleichförmig auf die Trennung einer schon ursprünglich gemischten Ehe erkannt haben, weil das Band einer solchen Ehe nach §. 111 des b. G. B. unauflöslich ist, folglich gar keine Trennung derselben Statt finden kann. Allein über die von mir in einer eigenen Abhandlung[1] ebenfalls verneinend beantwortete Frage: — ob der bestellte Vertheidiger einer zwischen zwey akatholischen Christen geschlossenen, aber durch den nachherigen Uebertritt des einen Ehegatten zur katholischen Religion gemischt gewordenen Ehe, die nach §. 116 des b. G. B.

[1] Prof. Wagner's Zeitschrift vom J. 1830, 1. Heft, Nr. 1. S. 1—9.

zwar nicht auf Verlangen des zur katholischen Religion übergetretenen, allerdings aber auf Begehren des bey der akatholischen verbliebenen Ehegatten getrennt werden kann, die Verbindlichkeit zur jedesmahligen Revisions-Anmeldung gegen das Urtheil auf sich habe, welches von dem Appellations-Gerichte übereinstimmend mit dem Landrechte auf die Trennung einer solchen Ehe gefällt worden ist — sind neuerlich [1] Zweifel erhoben worden, die wir nun zu lösen haben, woraus sich die für die Richtigkeit der verneinenden Beantwortung streitenden Gründe von selbst ergeben werden.

2. Man versuchte das Fundament der verneinenden Beantwortung zu untergraben, nähmlich die Voraussetzung, daß in den beyden Hofdecreten vom J. 1817 und 1819 unter Nichtigkeit der Ehe bloß die Ungültigkeit derselben zu verstehen sey. Dieses glaubte man durch die Berufung auf eine Stelle des §. 1499 des b. G. B. bewirken zu können, wo es heißt: daß »nach Verlauf der Verjährung der Verpflichtete — die Nichtigerklärung des dem Berechtigten bisher zugestandenen Rechtes und der darüber ausgestellten Urkunden erwirken« könne. In dieser Gesetzesstelle soll der unwidersprechliche Sinn von »Nichtigerklärung« offenbar die Aufhebung eines bisher gültig bestandenen Rechtsverhältnisses, also die Zernichtung desselben seyn. Darauf baucte man den Schluß, daß auch in den beyden vorgedachten Hofdecreten unter Nichtigkeit der Ehe sowohl die Ungültigkeit (das Nichtigseyn), als auch die Trennung (die Zernichtung) derselben begriffen sey. Wir wollen sehen, ob durch diese Beweisführung der vorgesetzte Zweck erreicht worden sey. Vermöge eines durchaus anerkannten Grundsatzes ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber bey Erlassung seiner Gesetze von seinen Unterthanen verstanden seyn wolle und daher in dem Gebrauche der Worte, wodurch er denselben seinen Willen kund gibt, sich nach dem gemeinen Sprachgebrauche richte. Nach diesem aber bedeutet, wie alle Lexicographen bezeugen, Nichtigkeit so viel als Ungültigkeit, nichtig so viel als ungültig, nichtig erklären so viel als ungültig erklären. Man muß also auch annehmen, daß der Oesterreichische

[1] Füger: Das adeliche Richteramt vierte Auflage, von V. A. Wagner. 3. Thl. S. 208.

Gesetzgeber in den erwähnten Hofdecreten unter Nichtigkeit der Ehe nichts anders als die Ungültigkeit derselben verstanden habe, so lange nicht gehörig erwiesen wird, daß er diesem Ausdrucke eine von dem gemeinen Sprachgebrauche abweichende, nicht bloß die Ungültigkeit sondern auch die Zernichtung oder Trennung der Ehe in sich fassende, Bedeutung beygelegt habe. Ein solcher Beweis aber ist meines Erachtens schlechterdings unmöglich. Es müßte aus verwandten, von der Ehe handelnden Gesetzen nachgewiesen werden können, daß in denselben entweder allzeit oder wenigstens gewöhnlich mit den Worten: Nichtigkeit der Ehe, nichtige Ehe, Nichtigerklärung der Ehe, auch der Begriff von Zernichtung oder Trennung derselben verbunden sey. Sucht man aber unsere von der Ehe redenden Gesetze, in welchen die hier zuerst erwähnten Ausdrücke vorkommen, mühsam zusammen, so findet man, daß in denselben die gedachten Ausdrücke immer nur die Bedeutung von Ungültigkeit der Ehe, von ungültiger Ehe, von Ungültigerklärung, und nicht die Bedeutung von Zernichtung der Ehe haben [1]. In dem a. b. G. B. kommt nur das Wort: Nichtigerklärung der Ehe, und zwar nur einmahl, und sogar dießmahl nicht in dem Texte selbst, sondern in der am Rande stehenden kurzen Inhaltsanzeige des §. 1265 vor, bedeutet aber offenbar ebenfalls nichts anders, als die Ungültigerklärung der Ehe. Zugegeben, daß dieses Marginal-Summarium (Rand-Glosse kann man es wohl nicht nennen) kein Gesetz sey, so zeigt es doch an, daß diejenigen, welche mit der Redaction und Stylisirung des b. G. B. zu thun hatten, Ungültigerklärung und Nichtigerklärung der Ehe für synonym gehalten haben. Diese Autorität ist für die richtige Erklärung des Ausdruckes: Nichtigkeit der Ehe gewiß von einem viel größeren Gewichte, als

---

1 Siehe §§. 10, 20, 34, 39 des Josephinischen Ehe-Patentes; §§. 14, 24, 38 und 45 des Josephin. b. G. B.; Hofdecret vom 11. October 1785, Nr. 480; 19. May 1786 c zweytens Nr. 550; 13. Januar 1787, II. T. §. 47 Nr. 611; Hofdecret vom 12. August 1788 c Nr. 871; 15. December 1788. a. d. Nr. 936; vom 2. März 1789, a. b. Nr. 979; Hofdecret vom 15. Julius 1796, als Beylage zum Hofdecrete vom 23. October 1801, Nr. 542.

Digitized by Google

die Meinung eines Privat-Schriftstellers, der aus einer der Ehe ganz fremden Materie, nähmlich aus dem Hauptstücke von der Verjährung eine das Wort: Nichtigerklärung enthaltende Stelle aufgreift, und in der unerwiesenen Voraussetzung, daß dort gedachtes Wort, die Zernichtung oder Aufhebung eines bisher bestandenen Rechtsverhältnisses bezeichne, sogleich den Schluß zieht, daß auch in den Vorschriften über die Ehe der Ausdruck: Nichtigkeit der Ehe, die Zernichtung oder Trennung bedeuten könne und müsse. Bey dieser Bewandtniß der Sache wird sich daher nicht leicht Jemand durch den im §. 1499 vorkommenden Ausdruck bewogen finden, der Meinung beyzutreten, daß die Nichtigkeit der Ehe in den beyden oben erwähnten Hofdecreten sowohl die Ungültigkeit als die Trennung der Ehe in sich begreife, gesetzt auch, daß es unwidersprechlich wahr wäre, daß mit dem Worte: Nichtigerklärung im §. 1499 der Begriff von Zernichtung oder Aufhebung eines gültigen Rechtsverhältnisses verbunden sey. Allein selbst diese vorausgesetzte Bedeutung des im §. 1499 befindlichen Wortes scheint nicht richtig und wahr zu seyn. Die Verjährung ist nach §. 1451 der Verlust eines Rechtes, welches während der von dem Gesetze bestimmten Zeit nicht ausgeübt worden ist. Die Rechte erlöschen also nach Verlauf der Verjährungszeit (§§. 1479, 1483, 1489), und gehen verloren (§. 1486). Ein dem Berechtigten bisher, d. i. bis zum Ablaufe der Verjährungszeit zugestandenes Recht besteht daher nach dem Verlaufe der Verjährungszeit nicht mehr, ist erloschen, verloren gegangen. Was aber nach Verlauf der Verjährung nicht mehr besteht, sondern erloschen und verloren gegangen ist, kann nicht zernichtet und aufgehoben werden, weil es nicht mehr gilt, nicht mehr existirt. Es kann demnach die Stelle des §. 1499 keinen andern Sinn haben, als daß der Verpflichtete nach Verlauf der Verjährung die Erklärung erwirken könne, daß das dem Berechtigten bis zum Verlaufe der Verjährung zugestandene Recht ihm nach Verlauf derselben nicht mehr zustehe, weil es mit Verlauf der Verjährung erloschen und verloren gegangen ist. Diese Erklärung ist aber offenbar keine Zernichtung oder Aufhebung eines Rechtes, welches bis zu dem Momente, als sie erfolgt, Bestand hatte, sondern bloß eine Erklärung, daß das Recht, welches bis zum Verlaufe der Verjährung bestan-

Digitized by Google

den hat, seit dem Verlaufe derselben nicht mehr bestehe, nicht mehr gelte, also eine Ungültigerklärung im eigentlichen Verstande. Der Inhalt des §. 1499 biethet auf solche Art gar keinen Anhaltspunct für die Behauptung, daß in den Hofdecreten vom Jahre 1817 und 1819 unter Nichtigkeit der Ehe nicht allein die Ungültigkeit, sondern auch die Zernichtung oder Trennung derselben zu verstehen sey.

3. Dagegen leuchtet es aus der eigenthümlichen Bedeutung der in den Hofdecreten von 1817 und 1819 gebrauchten Worte in ihrem Zusammenhange und aus der Absicht des Gesetzgebers klar hervor, daß er in gedachten Hofdecreten unter Nichtigkeit der Ehe nicht auch die Trennung, sondern bloß die Ungültigkeit derselben verstand, und die darin angeordnete Revisions-Anmeldung gegen gleichförmige Urtheile nicht auf den Fall, wenn sie auf die Trennung, sondern nur auf den Fall, wenn sie auf Ungültigkeit der Ehe ausgefallen sind, erstrecken wollte. Daß die eigenthümliche Bedeutung des Ausdruckes: Nichtigkeit der Ehe sowohl nach dem gemeinen, als nach dem von dem Oesterreichischen Gesetzgeber in Ehesachen immer beobachteten Sprachgebrauche nur die von Ungültigkeit, nicht auch die von Trennung der Ehe sey, ist bereits oben gezeigt worden. Betrachtet man den Zusammenhang, in welchen das Wort: Nichtigkeit mit den übrigen Worten des in der Frage stehenden Satzes der Hofdecrete erscheint, so ergibt sich eben dasselbe. Wäre unter jenem Worte nebst der Ungültigkeit auch die Trennung der Ehe verstanden, so würde die fragliche Stelle der Hofdecrete so lauten; »und in »dem Falle, wo zwischen Katholiken, oder wenn »ein Theil katholisch ist, auf Ungültigkeit oder »Trennung der Ehe erkannt wird.« Wie unpassend erscheint in diesem Zusammenhange die Trennung, da zwischen Katholiken dieselbe keineswegs Statt findet? Nimmt man ferner an, daß, wie ebenfalls behauptet wird, nur die Auslegung, nach welcher dem in der Frage stehenden Ausdrucke der sowohl die Ungültigkeit, als die Trennung der Ehe in sich fassende Sinn unterlegt wird, dem klaren, in Hinsicht auf beyde in den Worten des §. 111 des b. G. B. und §. 13 des Hofdecretes vom Jahre 1819 bestimmt ausgedrückten Grunde des Gesetzes, nähmlich der Aufrechthaltung gültiger Ehen überhaupt, und insbesondere jener

eines Katholiken, entspricht, so kann man sich keine Rede und Antwort geben, warum der Gesetzgeber nicht auch in dem Falle, wo gleichförmige Urtheile über die Ungültigkeit oder Trennung rein akatholischer Ehen ergangen sind, dem Vertheidiger des Ehebandes die Revisions-Anmeldung zur Pflicht gemacht habe, da in diesem Falle eben derselbe Grund eintritt. Man könnte sich auch nicht erklären, warum der Gesetzgeber, wenn nur jene Auslegung des Wortes: »Nichtigkeit der Ehe« seiner Absicht entsprechend und der angeführte Grund der allentscheidende wäre, mit gänzlicher Weglassung der streitigen Stelle nicht lediglich gesagt hat: »Ergeht es aber auf die Ungültigkeit oder Trennung der Ehe, so »muß der aufgestellte Vertheidiger derselben immer ohne weitere »Rückfrage in der gewöhnlichen Frist die Appellation und selbst »bey gleichförmigen Urtheilen die Revision anmelden.« So wäre die Anordnung des Gesetzes nicht nur sehr einfach und deutlich, sondern auch der vorgeblichen Absicht des Gesetzgebers und dem angegebenen Grunde ganz angemessen gewesen. Da es jedoch unläugbar ist, daß nach der Tertirung und dem Sinne der beyden Hofdecrete der Vertheidiger der Ehe im Falle gleichförmiger Urtheile für die Ungültigkeit oder Trennung rein akatholischer Ehen nicht angewiesen ist, gegen solche Urtheile die Revision anzumelden, so ist man genöthigt, den Gründen beyder Hofdecrete und der Absicht des Gesetzgebers noch näher nachzuforschen.

4. Ein Grund, warum der Gesetzgeber bey der Ungültigerklärung und Trennung rein akatholischer Ehen gegen gleichförmige Urtheile der unteren Instanzen keine Revisions-Anmeldung anordnete, liegt ohne Zweifel darin, daß er wegen der Religions-Begriffe der Akatholiken in Ansehung der Auflösung der Ehe bey dem Verfahren darüber überhaupt keine so strengen Vorsichten als bey den Katholiken für nöthig hielt, wie dieses klar daraus erhellet, daß er bey der Ungültigerklärung und Trennung der Judenehen nicht einmahl eine fiscalämtliche Vertheidigung des Ehebandes und die Zuziehung eines politischen Repräsentanten, ja bey der Trennung einer Judenehe wegen Ehebruchs nicht einmahl eine ämtliche Untersuchung, sondern bloß das ordentliche Verfahren nach der Gerichtsordnung erfordert. Es gibt aber noch einen andern, zwar nur auf die Trennung, aber nicht bloß rein akatholischer, sondern auch

Digitized by Google

gemischter Ehen sich erstreckenden Grund, aus welchem ersichtlich wird, warum der Gesetzgeber bey dem Verfahren über die Trennung solcher Ehen die Revisions-Anmeldung gegen gleichförmige darauf ausgefallene Erkenntnisse nicht für nöthig erachtete. Die Hauptabsicht des Gesetzgebers bey der in den beyden Hofdecreten befohlenen Revisions-Anmeldung ging und mußte gehen auf die Verhinderung möglicher bigamischer Verbindungen bey der Wiederverehelichung. Denn nicht nur ausdrücklich, sondern auch sehr deutlich und bestimmt spricht sich der §. 62 des b. G. B. dahin aus: »Ein Mann darf nur mit Einem Weibe, und ein Weib darf nur »mit Einem Manne zu gleicher Zeit vermählt seyn. Wer schon ver»ehelicht war und sich wieder verehelichen will, muß die erfolgte »Trennung, das ist, die gänzliche Auflösung des Ehebandes recht»mäßig erweisen.« Der Beweis der gänzlichen Auflösung des Ehebandes aber wird in den Fällen, für welche die beyden Hofdecrete eine Revisions-Anmeldung gegen gleichförmige Urtheile anordnen, dadurch rechtmäßig hergestellt, daß derselbe dem obersten Gerichtshofe zur Ueberprüfung vorgelegt wird. Es war sehr natürlich, daß der Gesetzgeber diese, durch Revisions-Anmeldung zu veranlassende, Ueberprüfung gleichförmiger Erkenntnisse nur für jene Fälle vorzuschreiben beabsichtigen konnte, in welchen zu besorgen war, daß durch die auf den Grund der gleichförmigen Urtheile vorzunehmende Wiederverehelichung der gewesenen Eheleute eine bigamische Verbindung mit andern entstehen könnte. Eine solche Gefahr war aber nur bey der Ungültigerklärung der Ehe, sie mag rein katholisch, rein akatholisch oder gemischt seyn, zu besorgen. Denn in einem solchen Falle können in der Regel beyde Ehegatten, deren Ehe als ungültig erklärt worden, sich wieder verehelichen. Da wäre es nun möglich, daß die beyden untern Gerichtsbehörden entweder aus Parteylichkeit oder aus unrichtiger Ansicht der das Ehehinderniß begründenden Thatumstände eine Ehe übereinstimmend für ungültig erklärten, die es in der That nicht ist. Wenn sich dergleichen Eheleute dann wieder verehelichten, so würden sie in bigamische Verbindungen, die den Grundsätzen der christlichen Religion widerstreben, verwickelt. Um dieses zu verhüthen, befahl der Gesetzgeber dem Vertreter des Ehebandes auch gegen gleichförmige, auf Ungültigkeit der Ehe lautende, Urtheile die Revision

Digitized by Google

anzumelden, somit die Sache auch noch zur Ueberprüfung des obersten Gerichtshofes zu bringen; doch nahm er aus der oben angeführten Ursache den Fall der Ungültigerklärung einer rein akatholischen Ehe aus, und beschränkte seine Vorschrift auf die Ungültigerklärung rein katholischer und gemischter Ehen. Bey der Trennung der Ehe hingegen kann nie die Gefahr eintreten, daß die getrennten Eheleute eine bigamische Verbindung durch ihre Wiederverehelichung eingehen werden. Denn die Trennung einer rein katholischen Ehe findet ohnehin niemahls Statt. Nach der Trennung einer rein akatholischen Ehe können zwar beyde Ehegatten zu einer neuen Ehe schreiten; aber da sie nach ihren Religionsbegriffen die gerichtlich ausgesprochene Trennung der Ehe für eine wirkliche Auflösung des zwischen ihnen bestandenen Ehebandes ansehen, so ist ihre Wiederverehelichung keine Bigamie. War die Ehe schon ursprünglich gemischt, so kann sie nach §. 111 des b. G. B. ebenfalls nicht getrennt werden. Ist sie aber ursprünglich akatholisch gewesen und erst in der Folge durch den Uebertritt eines akatholischen Ehegatten zur katholischen Religion gemischt worden, so kann zwar der bey der akatholischen Religion verbliebene Ehegatte nach §. 116 die Trennung der Ehe verlangen, und wenn er sie rechtskräftig erwirkt, eine neue Ehe eingehen; aber auch diese Wiederverehelichung wird nach seinen Religions-Grundsätzen keine Bigamie seyn, um so weniger, da ihm nach dem Hofkanzley-Decrete vom 4. August 1814 die Eingehung der neuen Ehe nur mit einer akatholischen, nicht mit einer katholischen Person gestattet ist; der zur katholischen Religion übergetretene Theil hingegen kann nach eben demselben Hofdecrete bey Lebzeiten des getrennten akatholischen Gegentheils keine gültige Ehe schließen, weil er nach seinen nunmehrigen Religions-Grundsätzen die vorgegangene Trennung nur als eine Scheidung von Tisch und Bett betrachten muß, und daher auch immer nur eine geschiedene Person im gedachten Hofdecrete genannt wird. So ist auch in diesem Falle alle Gefahr beseitiget, daß durch eine Wiederverehelichung nach erfolgter Trennung einer gemischten Ehe der letzteren Art eine bigamische Verbindung herbeygeführt werden könne. Der Gesetzgeber hatte also keinen Beweggrund, mithin auch keine Absicht, in was immer für einem Falle der Ehetrennung die Revisions-

Digitized by Google

Anmeldung gegen zwey gleichförmige Erkenntnisse anzuordnen. Diese Anordnung betrifft daher nur die Ungültigerklärung, und unter Nichtigkeit der Ehe kann in derselben nur die Ungültigkeit verstanden werden.

5. Dagegen wird eingewendet: Die Gesetzgebung muß sich doppelt aufgefordert finden, alle Vorsichtsmittel anwenden zu lassen, um den katholisch gewordenen Ehegatten gegen einen nicht vollkommen gegründeten gerichtlichen Ausspruch der Trennung nach Möglichkeit zu bewahren, denn er wird durch diesen (abgesehen von dem für ihn sowohl religiösen als juristischen Scandal, in seinem Gatten den Gatten von zwey Personen zugleich zu erblicken) doppelt so unglücklich gemacht, als der Gatte aus einer ungültig erklärten oder geschiedenen Ehe ist, weil ihm nicht einmahl die Hoffnung, sich einen neuen Gatten zu wählen, wie bey einer ungültig erklärten Ehe, oder sich mit seinem bisherigen Ehegenossen wieder zu vereinigen, wie bey einer geschiedenen Ehe, bleibt. — Dieser Einwurf ist mehr sentimentalisch als erheblich. Die zwischen zwey akatholischen Personen geschlossene Ehe unterliegt nach dem Uebertritte des einen Ehegatten zur katholischen Religion nur dann der Trennung, wenn dieser katholisch gewordene Theil sich eines Ehebruches, eines Verbrechens, welches die Verurtheilung zu einer wenigstens fünfjährigen Kerkerstrafe nach sich gezogen, einer boshaften Verlassung des andern Ehegatten, dem Leben oder der Gesundheit desselben gefährlicher Nachstellungen, oder wiederhohlter schwerer Mißhandlungen schuldig gemacht, oder endlich sich so schlecht gegen den bey der akatholischen Religion gebliebenen Theil betragen hat, daß bey diesem eine unüberwindliche Abneigung gegen ihn entstanden ist. Für einen Katholiken, der selbst die Pflichten der Religion und der Gerechtigkeit auf eine so grobe Art zu verletzen kein Bedenken trägt, dürfte es wohl kein großes religiöses oder juristisches Scandal seyn, wenn er sieht, daß sein getrennter akatholischer Ehegatte nun der Gatte einer andern Person geworden ist. Auch dürfte schwerlich irgend eine Gesetzgebung ein so zärtliches Mitleiden gegen einen so schlecht handelnden Ehegatten fühlen, daß sie sich doppelt aufgefordert finden sollte, alle Vorsichtsmittel anzuwenden, daß er nicht durch ein richterliches Trennungsurtheil einem Unglücke Preis gegeben

Digitized by Google

werde, an dem Niemand als seine eigene Schlechtigkeit Schuld ist. Quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire L. 203 D. de reg. jur. Nach den meisten, sowohl kirchlichen als bürgerlichen, Gesetzen der Akatholiken wird selbst ein Akatholik, der an der Ehetrennung Schuld trägt, gar nicht mehr zu einer neuen Ehe, ja nicht einmahl zur Wiedervereinigung mit dem getrennten Ehegatten zugelassen. Unsere Gesetzgebung aber soll darauf gedacht haben oder bedacht seyn, sogar einen katholischen Ehegatten, welchem ein gleiches Verschulden zur Last fällt, gegen den empfindlich beleidigten akatholischen Theil auf alle mögliche Art in Schutz zu nehmen, damit ihm nicht durch eine Trennung das Unglück widerfahre, sich nicht wieder verehelichen oder mit dem getrennten Ehegatten wieder vereinigen zu können? Verdient denn ein Katholik, der sich so gröblich gegen seine Pflichten vergeht, glimpflicher als der Akatholik behandelt zu werden? Und doch behandelt ihn unsere Gesetzgebung wirklich etwas glimpflicher, indem sie ihm gestattet, nach dem Tode des getrennten Theiles eine andere Ehe einzugehen, oder mit demselben, wenn dieser zu keiner neuen Ehe geschritten, oder sein neuer Ehegatte bereits gestorben ist, sich wieder zu vereinigen.

6. Noch kann der Einwurf gemacht werden: Der §. 115 am Ende befehle in Trennungsfällen nach eben den Vorschriften zu handeln, welche für die Untersuchung und Beurtheilung einer ungültigen Ehe gegeben sind, ohne in irgend einem Stücke eine Ausnahme zu machen. Gleichwie nun der Vertreter des Ehebandes gegen gleichförmige, auf Ungültigkeit der Ehe ausgefallene, Urtheile in dem Falle, wo ein Ehegatte katholisch ist, die Revision anzumelden verpflichtet ist, so scheine er im gleichen Falle auch die Pflicht zur Revisions-Anmeldung gegen zwey, auf Trennung gleichförmig erflossene, Erkenntnisse zu haben. Diese Analogie von den Grundsätzen über die Ungültigerklärung auf jene über die Trennung werde durch die so oft und so nachdrücklich empfohlene Sorge für die Aufrechthaltung gültiger Ehen noch stärker begründet. — Richtig ist es zwar, daß im b. G. B. am Ende des §. 115 zwischen der Ungültigerklärung und Trennung der Ehe in Rücksicht auf das Verfahren in keinem Stücke ein Unterschied bemerklich gemacht werde; aber man muß bedenken, daß zur Zeit der

Kundmachung des b. G. B. die zwey Hof-Decrete vom J. 1817 und 1819 noch nicht erflossen waren, folglich bey Abfassung desselben gar nicht darauf gedacht werden konnte, daß bey der Trennung der Ehe die von dem Verfahren bey der Ungültigerklärung abweichende Bestimmung der erwähnten Hofdecrete beobachtet werden sollte. Also kann man aus der allgemein lautenden End-Clausel des §. 115 keinen Schluß ziehen, daß die erst mehrere Jahre später festgesetzte Verbindlichkeit des Defensor matrimonii, in dem oft gedachten Falle die Revision gegen zwey gleichförmige Urtheile anzumelden, vermöge jener End-Clausel auch in dem Verfahren über die Trennung der Ehe einzutreten habe. — Die Aufrechthaltung gültiger Ehen ist nicht der einzige Grund und Zweck der Anordnung, welche in den beyden Hofdecreten über die Revisions-Anmeldung vorkommt. Der höhere Grund und Zweck liegt in der Verhüthung einer Wiederverehelichung, die in eine bigamische Verbindung ausarten könnte. Eine solche Ausartung ist aber nur bey der Wiederverehelichung nach einer Ungültigerklärung, nicht aber auch nach einer Trennung der Ehe möglich, wie oben hinlänglich gezeigt worden. Daher fand der Gesetzgeber nicht nöthig, die erlassene Vorschrift wegen der Revisions-Anmeldung auch auf die Trennung einer gemischten Ehe auszudehnen. Wäre die Aufrechthaltung gültiger Ehen der einzige und höchste Grund der eben gedachten Vorschrift, so wäre dieselbe gewiß so abgefaßt worden, daß sie auch auf die Ungültigerklärung und Trennung rein akatholischer Ehen, auf welche der angeführte Grund ebenfalls paßt, sich erstreckte, welches aber offenbar der Fall nicht ist.

7. Nachdem alle Einwendungen gegen die Behauptung, daß gegen gleichförmige Urtheile, wodurch auf die Trennung einer durch Uebertritt des einen Ehegatten zur katholischen Religion gemischt gewordenen Ehe keine Revisions-Anmeldung in den Hofdecreten vom J. 1817 und 1819 vorgeschrieben sey, auf die Seite geräumt worden sind, wollen wir noch ein Paar Gründe, die bisher, um den Faden der Untersuchung nicht zu zerreißen, nicht angebracht werden konnten, zur Unterstützung jener Behauptung anführen. Das b. G. B. gestattet im §. 116 dem akatholischen Ehegatten, obschon der andere zur katholischen Religion übergetreten

Digitized by Google

ist, die Trennung der Ehe zu verlangen bekanntlich aus dem Grunde, weil eine solche Ehe ursprünglich nach akatholischen Religions-Grundsätzen, mithin als auflöslich geschlossen wurde, folglich bey Schließung derselben jeder Theil für den Fall, daß eine gesetzmäßige Trennungsursache eintreten sollte, ein Recht auf Trennung erlangte, welchem zwar der katholisch gewordene Theil als einem mit seinen neuen Religionsbegriffen unvereinbarlichen Rechte durch die Annahme der katholischen Religion stillschweigend entsagte, welches er aber durch das einseitige Factum seines Uebertrittes zum katholischen Glaubensbekenntnisse dem andern bey der akatholischen Religion verbliebenen Theile keineswegs entziehen konnte. Durch Eingehung der Ehe nach akatholischen Religions-Grundsätzen haben auch beyde Theile das Recht erworben, zu begehren, daß die Trennung ihrer Ehe nach den für rein akatholische Ehen aufgestellten Rechtsgrundsätzen beurtheilet, folglich nach der in der a. G. O. gegründeten und durch die Hofdecrete vom J. 1817 und 1819 bestätigten Regel als rechtskräftig entschieden angesehen werde, wenn sowohl von dem Landrechte als von dem Appellations-Gerichte übereinstimmend darauf erkannt worden. Auch dieses Recht konnte der zur katholischen Religion in der Folge getretene Ehegatte durch seine einseitige Handlung seinem Gegentheile, der bey der akatholischen Religion verharret ist, nicht nehmen. Wäre aber die in den bekannten Hofdecreten enthaltene, die Revisions-Anmeldung gegen gleichförmige Erkenntnisse betreffende, Anordnung auf die Trennung einer ursprünglich rein akatholischen, nachher aber durch den Uebertritt des einen Theiles zur katholischen Religion gemischt gewordenen Ehe nach der Absicht des Gesetzgebers anzuwenden, so würde dem Ehegatten, der seine akatholische Religion beybehalten hat, sein durch die Schließung der Ehe erlangtes Recht, sein Trennungsgesuch durch die gleichförmigen Erkenntnisse der beyden untern Instanzen für rechtskräftig bewilliget zu halten, durch die einseitige Religionsänderung seines Gegentheiles offenbar entzogen, das durch zwey gleichförmige Erkenntnisse begründete Recht des unschuldigen akatholischen Ehetheiles auf Trennung wäre gleichsam durch ein dem schuldigen katholischen Ehegatten ertheiltes Privilegium noch von der ungewissen Entscheidung einer dritten Instanz abhängig gemacht, so-

mit jederzeit erschwert, bisweilen gar vereitelt. Ein solches Verfahren läßt sich mit der Consequenz und Gerechtigkeitsliebe der Oesterreichischen Gesetzgebung keineswegs vereinbaren.

8. Endlich ist die Verfügung der oft genannten Hofdecrete, betreffend die Revisions-Anmeldung, unstreitig eine Abweichung von dem sonst allgemein geltenden Grundsatze, eine Ausnahme von der durchgreifenden Regel, daß gegen gleichförmige Urtheile der ersten und zweyten Instanz nicht revidirt werden kann. Abweichungen von einem Hauptgrundsatze der G. O. darf man durch Interpretation nicht erweitern; Ausnahmen von einer allgemein aufgestellten Regel muß man streng auslegen und nur in so weit gelten lassen, als sie das Gesetz selbst klar ausspricht. Nun legen die eben gedachten Hofdecrete dem Vertreter des Ehebandes die Verbindlichkeit zur Revisions-Anmeldung ausdrücklich nur für den Fall auf, wenn durch gleichförmige Urtheile auf die Nichtigkeit der Ehe erkannt worden ist. Wenn es also auch zweifelhaft wäre, (was es erwiesener Maßen nicht ist), ob unter dem Ausdrucke: Nichtigkeit auch die Trennung der Ehe zu verstehen sey, so könnte man doch diese im Zweifel nicht als darunter begriffen ansehen, weil eine solche Auslegung gegen die angeführten Principien anstoßen würde.

§. 290.

Verfahren in einer Trennungssache bey dem obersten Gerichtshofe. Verbesserung der Untersuchungsgebrechen. Rechtskraft des Trennungsurtheiles. Taxen dafür.

1. Ist die Trennungssache durch die Revisions-Anmeldung entweder des Trennungswerbers oder des Vertheidigers der Ehe an die oberste Justiz-Stelle gelangt, so findet in Ansehung des bey derselben zu beobachtenden Verfahrens eben das Statt, was hierüber im gleichen Falle bey der Ungültigerklärung (§. 171, Nr. 2) gesagt worden.

2. Findet der obere oder oberste Richter wesentliche Gebrechen in der Untersuchung des Trennungsgrundes, so gilt in Hinsicht auf die von ihm zu veranlassende Verbesserung derselben ebenfalls dasjenige, was bereits theils bey der Scheidung von Tisch und Bett (§. 59), theils bey der Ungültigerklärung der Ehe (§. 171, Nr. 3) aus dem Hofdecrete vom 24. December 1819 bemerkt worden ist.

3. Daß ein auf die Trennung der Ehe ergangenes Urtheil, nachdem es von dem Appellations-Gerichte oder dem obersten Gerichtshofe bestätiget worden, in Rechtskraft erwachse, erhellet aus dem Inhalte des §. 18 des Hofdecretes vom 23. August 1819, wo es heißt: »Wenn die Ehe für ungültig erklärt oder getrennt »wird, muß nach eingetretener Rechtskraft dieses Erkenntnisses von Amtswegen die Verfügung getroffen werden, »daß ꝛc.« Doch kann, wie gegen ein anderes rechtskräftiges Erkenntniß wegen Auffindung neuer Beweismittel (ob Nova) die Restitution angesucht werden, die aber nur dann vollen Erfolg haben kann, wenn noch kein getrennter Theil auf den Grund des rechtskräftig gewordenen Trennungsurtheiles sich wieder verehelichet hat (§. 245, Nr. 3, 4 und 5.)

4. Ueber die Frage: ob für Trennungsurtheile Gerichts-Taxen zu entrichten sind, läßt sich nichts Anderes sagen, als was schon anderswo (§. 172, Nr. 3) vorgekommen ist.

§. 291.

Das Trennungsurtheil soll zugleich ein Erkenntniß über die Schuld oder Unschuld der Ehegatten an der Trennung enthalten.

In dem Trennungsurtheile muß zugleich ausdrücklich darüber erkannt werden, ob der eine oder der andere Ehegatte, oder jeder Theil, oder keiner von beyden an der Trennung Schuld trage. Es dürfte bey einer Revision der bürgerlichen Gesetzgebung die Frage: ob die Verhandlung über die Schuld an der Trennung nicht lieber dem ordentlichen Proceß-Gange zu überlassen, als mit dem Erkenntnisse über die Trennung zu verbinden wäre, eine ernstliche Ueberlegung verdienen. Denn die Entscheidung über die Schuld ist von einem sehr hohen Präjudiz für die Sachenrechte der Ehegatten. Wie leicht kann es durch die Parteylichkeit, Willkühr, Unwissenheit oder Nachlässigkeit des die Untersuchung über die Trennung führenden Rathes geschehen, daß des einen oder des andern Ehegatten Vermögen den empfindlichsten Stoß erleide, ohne daß er im Stande ist, dasselbe bey der ämtlichen Untersuchung ordentlich zu vertheidigen? Allein nach den jetzigen Gesetzen kann kein Zweifel seyn, daß in dem Trennungsurtheile auch das Erkenntniß über die Schuld oder Unschuld der Ehegatten an der

Digitized by Google

Trennung enthalten seyn müsse. Der Beweis dieses Satzes beruhet ganz auf den nähmlichen Gründen, die bey der Ungültigerklärung der Ehe (§. 178) angeführt worden sind, da auch bey der Trennung dem schuldlosen Ehegatten nach §. 1266 des b. G. B. volle Genugthuung gebührt. Wie bald der eine, bald der andere Ehegatte an der Trennung Schuld haben könne, ist bey einem Blicke auf die Trennungsgründe leicht begreiflich. Auch das Verschulden beyder Theile fällt in die Augen, wenn jeder Ehegatte aus einem andern Grunde, z. B. der Mann wegen Ehebruchs der Frau, die Frau wegen schwerer vom Manne zu leidenden Mißhandlungen, oder wenn beyde Ehegatten wegen der zwischen ihnen sich stets erneuernden Thätlichkeiten die Trennung der Ehe begehren. Aber die Möglichkeit einer Schuldlosigkeit auf beyden Seiten wollen Einige[1] nicht einmahl bey dem Trennungsgrunde der unüberwindlichen Abneigung zugeben, weil die unüberwindliche Abneigung immer von einem oder dem andern Theile oder von beyden eine Handlungsweise voraussetzt, wodurch sie erzeugt wurde, und worin sich eben das Verschulden darstellt. Allein wenn die Natur beyde Eheleute mit einem unverträglichen Charakter begabt und daraus allmählig eine unüberwindliche Abneigung derselben gegen einander sich entwickelt, oder wenn in der Voraussetzung, daß von dem Gesetze keine Gegenseitigkeit der unüberwindlichen Abneigung zu diesem Trennungsgrunde gefordert wird, einem Theile zufälliger Weise ein den höchsten Eckel erregendes Leibesgebrechen zustößt, und in dem andern Theile eine unüberwindliche Abneigung gegen ihn hervorbringt, wegen welcher selbst dieser in die Trennung einwilliget, welchem Theile kann man in einem solchen Falle ein Verschulden beymessen?

§. 292.

Verfahren in Streitigkeiten, die sich bey einer Trennung über Sachenrechte äußern.

1. An die Trennung der Ehe knüpfen sich gewöhnlich auch Streitigkeiten über Sachenrechte. Hierüber ertheilt der §. 117 des b. G. B. folgende Vorschrift. »Wenn sich bey einer Tren-

[1] Füger's adeliches Richteramt vierte Auflage von Prof. Wagner. III. Thl. S. 207.

» nung der Ehe Streitigkeiten äußern, welche sich auf einen » weiter geschlossenen Vertrag, auf die Absonderung des » Vermögens, auf den Unterhalt der Kinder, oder auf » andere Forderungen oder Gegenforderungen beziehen, soll » der ordentliche Richter allzeit vorläufig einen Versuch » machen, diese Streitigkeiten durch Vergleich beyzulegen. » Sind aber die Parteyen zu einem Vergleiche nicht zu » bewegen, so hat er sie auf ein ordentliches Verfahren an- » zuweisen, worüber nach den in dem Hauptstücke von den » Ehe-Pacten enthaltenen Vorschriften zu entscheiden, inzwi- » schen aber der Ehegattinn und den Kindern der anständige » Unterhalt auszumessen ist. «

2. Der angeführte Paragraph bestimmt also, von wem und wie die bey Gelegenheit einer Ehetrennung zwischen den Ehegatten entstandenen Streitigkeiten über Sachenrechte geschlichtet werden sollen. Die Aufzählung der Gegenstände, worauf sich diese Streitigkeiten beziehen, in Verbindung mit der Berufung auf das Hauptstück von den Ehe-Pacten verursachet einige Schwierigkeit. Doch der Sinn des Paragraphes geht ohne Zweifel dahin, daß der Matrimonial-Richter in die Entscheidung der unter den Ehegatten bey der Trennung streitig gewordenen Sachenrechte sich nicht einzulassen habe. Unter einem weiter geschlossenen Vertrag ist offenbar ein solcher zu verstehen, der zwischen den getrennten Eheleuten außer dem Ehevertrage, durch welchen ihre Personenrechte begründet, und von dessen Auflösung in den unmittelbar vorhergehenden §§. 111 — 116 des b. G. B. gehandelt worden, noch weiter in Absicht auf die eheliche Verbindung geschlossen worden ist, und daher bloß das Vermögen zum Gegenstande hat, kurz ein Vertrag, der nach §. 1217 des b. G. B. unter die Ehe-Pacte gehört. Daß Streitigkeiten, welche aus einem solchen Vertrage entspringen, nach den in dem Hauptstücke von den Ehe-Pacten vorkommenden Vorschriften zu entscheiden seyen, ist ganz in der Ordnung. Diese Vorschriften werden wohl auch zur Entscheidung jener Streitigkeiten, welche auf die Absonderung des Vermögens der Eheleute Bezug haben, sogar in dem Falle,

Digitized by Google

als keine Ehe-Pacten errichtet wurden, ausreichen. Aber über die den Unterhalt der Kinder betreffenden Streitigkeiten kommen in dem Hauptstücke von den Ehe-Pacten gar keine zur Entscheidung dienenden Vorschriften vor. Endlich die Streitigkeite über andere, d. i. solche Forderungen und Gegenforderungen, die sich weder auf die Ehe-Pacte, noch auf die Absonderung des Vermögens und auch nicht auf den Unterhalt der Kinder beziehen, sondern aus einem andern Grunde, z. B. aus einem Kaufvertrage, aus einer Schenkung oder aus einer Beschädigung zwischen den Ehegatten entstehen, können gar nicht aus den Vorschriften über die Ehe-Pacte entschieden werden. Daher ist die Berufung auf das Hauptstück von den Ehe-Pacten offenbar zu eng. Auch das Wort: worüber kann auf die Streitigkeiten wegen zu großer Entfernung von diesem Hauptorte nicht bezogen werden, und auf das Wort: Verfahren, auf welches es sich nach seiner Stellung bezieht, paßt es nicht, und sollte daher durch den Ausdruck: in welchem ersetzt werden.

3. Obschon über die Trennung der Ehe bey dem Landrechte verhandelt wird, so gehören doch die Streitigkeiten, die sich dabey zwischen den Eheleuten über ihre Vermögensrechte äußern, nicht vor dasselbe, sondern vor den ordentlichen, d. i. denjenigen Richter, dem die Eheleute vermöge ihrer persönlichen Eigenschaft und vermöge ihres Wohnsitzes unterworfen sind, weil es hierbey nicht mehr um ein öffentliches Interesse, sondern nur um Privat-Rechte zu thun ist, in Ansehung welcher keine Ursache eintritt, von den allgemeinen Jurisdictions-Vorschriften und von den Grundsätzen des ordentlichen Verfahrens abzuweichen. Es muß daher das Landrecht, wenn es Zwistigkeiten über Sachenrechte zwischen den Ehegatten bey Untersuchung der Trennungsursache bemerkt, die Eheleute anweisen, sich zur Austragung derselben an ihr ordentliches Gericht zu wenden. Nur dann kann es sein Amt auch in dergleichen Streitigkeiten handeln, wenn es zugleich der ordentliche Richter der Eheleute ist, z. B. weil diese adelig sind.

4. Die Pflicht des ordentlichen Richters ist es nun, zuvörderst eine Ausgleichung der Parteyen über die streitigen Vermögensrechte zu versuchen. Er wird daher die beyden Eheleute

Digitized by Google

zu einer Tagsatzung vorladen und sich dabey Mühe geben, sie zu einem gerichtlichen Vergleiche darüber zu vermögen. Gelingt ihm dieses, so wird er denselben in sein Protokoll eintragen und jeder Partey eine beglaubigte Abschrift davon ausfertigen lassen. Es ist nicht abzusehen, warum der Richter, wenn die Eheleute mit einander über den zu übernehmenden Unterhalt der Kinder im Streite sind, nicht befugt seyn sollte, auch für die gültige Beylegung eines solchen Streites sich zu verwenden, da er verbunden ist, von Amtswegen für den Unterhalt der Kinder Sorge zu tragen, und der §. 117 ihm die Pflicht auflegt, über alle darin erwähnten Streitigkeiten der getrennten Eheleute, ohne Ausnahme derjenigen, die über den Unterhalt der Kinder zwischen denselben Statt findet, den vorläufigen Versuch einer gütlichen Beylegung durch Vergleich eintreten zu lassen. Ist aber der Richter nicht im Stande, durch seine Bemühungen einen Vergleich zu bewirken, so hat er den Parteyen die Weisung zu ertheilen, daß sie ihre streitigen Rechte im ordentlichen Rechtswege gegen einander geltend machen sollen. Nach dem Schlusse des ordentlichen Verfahrens hat er den Streit nach den entsprechenden Gesetzen, also den über die geschlossenen Ehe-Pacte und die Absonderung des Vermögens entstandenen, zwar nach den Vorschriften im Hauptstücke von den Ehe-Pacten, den über Unterhalt der Kinder aber nach den Bestimmungen des dritten Hauptstückes im ersten Theile des b. G. B., und den über andere Forderungen und Gegenforderungen nach den darüber bestehenden Normen zu entscheiden. Da jedoch dergleichen Prozesse Jahrelang dauern und die Ehegattinn und Kinder unterdessen dem Nothstande nicht ausgesetzt werden können, so hat der Richter bis zur Beendigung derselben für beyde den anständigen Unterhalt, der ihnen nach dem Gesetze gebührt, zu bestimmen, ohne jetzt noch Rücksicht auf das zu nehmen, worauf ihnen nach den besonderen Verabredungen in den Ehe-Pacten, oder der Frau nach Maßgabe ihrer Schuld oder Schuldlosigkeit an der Trennung, Ansprüche zukommen.

§. 293.

Wirkung der Ehetrennung auf die Personen-Rechte.

1. Durch die Trennung der Ehe wird das zwischen den Ehe-

Digitized by Google

gatten bestandene Eheband gänzlich aufgelöst (§. 62 des b. G. B.). Von der Zeit des rechtskräftig gewordenen Trennungsurtheils sind die Getrennten nicht mehr als Ehegatten zu betrachten. Es erlöschen daher von dieser Zeit an alle sowohl gemeinschaftlichen als besonderen Personen-Rechte und die diesen Rechten zusagenden Verbindlichkeiten der vormahligen Eheleute. Es besteht zwischen den Getrennten keine Verbindlichkeit mehr zur Leistung der ehelichen Pflicht, zur Beobachtung der ehelichen Treue, und einer anständigen Begegnung, die sich von der allgemeinen, jedem Menschen obliegenden Pflicht, sich gegen Andere mit Anstand zu betragen, unterschiede. Der Mann verliert alle ihm vorher zuständig gewesene Gewalt über die Frau, er ist aber auch nicht mehr schuldig, wenn ihn nicht andere Gründe, z. B. die Ehe-Pacte oder ein bey der Trennung getroffenes Uebereinkommen dazu verpflichten, der Frau nach seinem Vermögen den anständigen Unterhalt zu verschaffen, und sie in allen Vorfällen zu vertreten. Dagegen ist auch die Frau nicht mehr verbunden, dem gewesenen Ehemanne in seinen Wohnsitz zu folgen, ihm in der nunmehr getrennten Haushaltung und in seiner Erwerbung beyzustehen, oder sich an die von demselben getroffene häusliche Ordnung weiter zu kehren. Sie darf ferner, wenn es der vormahlige Mann begehrt, nicht mehr seinen Zunahmen führen, und sich der Rechte seines Standes, nähmlich des Adels, der Wappen, des Ranges, der Titulaturen, des Gerichtsstandes und anderer Vorzüge, deren sie durch die Vermählung mit ihm theilhaft wurde, nicht weiter anmaßen. Denn alle diese Rechte waren in Hinsicht auf die Frau bloß Wirkungen des mit dem Manne geschlossenen Ehevertrages, entsprossen aus dem ehelichen Rechtsverhältnisse, in welches sie mit ihm getreten war, sie genoß derselben als seine Gattinn. Durch die Trennung wurde der Ehevertrag ganz aufgehoben und konnte für die Zukunft seine rechtlichen Wirkungen auf die Frau nicht mehr äußern; das eheliche Rechtsverhältniß hörte auf, mithin auch alles darauf Gegründete. Die Frau ist nicht mehr Gattinn des Mannes, sie hat also keine fernern Ansprüche auf die Rechte einer Gattinn. Ist die Ehe auf Verlangen beyder Ehegatten wegen ihrer unüberwindlichen Abneigung getrennt worden, so waren beyde Ehegatten einverstanden, sich der Rechte zu begeben, welche sie

Digitized by Google

durch den Ehevertrag gegen einander erworben haben. Hat die schuldlose Ehegatinn die Trennung aus einem andern Grunde bewirkt, so hat sie durch ihr Ansuchen um dieselbe deutlich zu erkennen gegeben, daß sie jene Rechte, welche ihr nur das aufzuhebende eheliche Verhältniß verschaffte, für die Zukunft nicht mehr haben wolle. Ist die Trennung aus Verschulden der Frau erfolgt, so kann sie auf die Beybehaltung des Nahmens und der Standesrechte des Mannes keinen Anspruch machen, weil sie selbst Ursache ist, daß das eheliche Verhältniß, vermöge dessen sie diese Rechte erlangt hatte, aufgehoben wurde. Es verschwindet also in jedem Trennungsfalle der Grund, aus welchem sie ferner solche Rechte ansprechen könnte. Läßt sich, wie Einige glauben, von den Sachenrechten der Ehegatten ein analogischer Schluß auf ihre Personen-Rechte machen, so muß derselbe vorzüglich bey jenen Sachenrechten angehen, die sich auf das Familien-Verhältniß gründen, in welchem auch die Ehegattinn mit ihrem Manne stand. Ein solches Sachenrecht ist die gesetzliche Erbfolge. Diese kann aber ein getrennter, obgleich schuldloser Ehegatte nicht ansprechen, wie der §. 1266 des b. G. B. wörtlich verordnet. Also wäre die analogische Schlußfolge, daß, gleichwie das von der Gattinn durch Eingehung der Ehe auf den Fall des Ueberlebens erworbene gesetzliche Erbrecht durch die Trennung verloren geht, so auch das Recht derselben, den Zunahmen des Mannes zu führen und dessen Standesrechte zu genießen, durch die Ehetrennung eingebüßt werde, ohne Unterschied, ob sie schuldig oder schuldlos ist. Die Frau tritt durch die gerichtliche Auflösung des Ehebandes aus der Familie des Mannes. Daher ist es consequent, daß sie auch den Nahmen der Familie, deren Mitglied sie zu seyn aufgehört hat, fahren lasse. Die Trennungswerberinn will sich gewiß aller Verbindlichkeiten gegen den Mann, die sie durch den Ehevertrag übernommen hat, entledigen; den Nahmen aber und die Standesrechte des Mannes, die sie durch eben denselben Vertrag erlangt hat, und die oft für sie sehr wichtig seyn können, soll sie nach Aufhebung desselben beybehalten? Wie stimmt dieses mit den Grundsätzen über die Rechte aus einem Gesellschaftsvertrage überein? Die getrennten Ehegatten können sich nach der Zeit wieder vereinigen; aber diese Wiedervereinigung wird nach §. 118

Digitized by Google

als eine neue Ehe betrachtet, und muß mit allen zur Schließung eines Ehevertrages erforderlichen Feyerlichkeiten eingegangen werden. Wenn die Frau nach der Trennung den Nahmen und Stand des Mannes beybehält, so müßte die Frau unter andern mit dem Familien-Nahmen und Stande des Mannes verkündiget und eben so in das Trauungsbuch eingetragen werden; ein uneheliches Kind, das sie in der Folge zur Welt brächte, oder ein Kind, das sie an Kindesstatt annähme, könnte auf solche Art den Nahmen des vorigen Mannes einer solchen Frau erhalten. Zu dergleichen Inconvenienzen aber wird man sich ohne Zweifel nicht bekennen wollen. Dem Manne kann noch aus andern Ursachen daran gelegen seyn, daß sich die Getrennte seines Nahmens enthalte, theils damit sie ihm nicht den unter besondern Umständen vielleicht schwer zu hebenden Verdacht einer zweifachen Ehe und die damit verbundenen Ungelegenheiten zuziehe; theils damit sie durch eine ausgelassene Lebensart ihm nicht Schande mache; theils damit sie nicht durch Mißbrauch seines Nahmens ihn oder Andere zu Schaden bringe.

2. Appellations-Rath Nippel[1] bestreitet die bisher vertheidigte Meinung aus folgenden Gründen: Es sey kein Gesetz bekannt, aus welchem sich diese Behauptung schulgerecht folgern ließe. Die Gattinn habe durch den geschlossenen Ehevertrag das Recht, den Nahmen ihres Mannes zu führen, die Rechte seines Standes zu genießen, bereits erworben und die Verpflichtung hiezu auf sich genommen; bereits erworbene Rechte und übernommene Verbindlichkeiten dauern aber so lange fort, bis durch irgend eine gesetzliche Anordnung nachgewiesen werden kann, daß sie wieder aufgehoben worden sind. Dieses lasse sich jedoch daraus nicht erweisen, daß die Gattinn durch die vor sich gegangene Trennung aufgehört habe, Gattinn zu seyn, weil daraus folgen würde, daß auch eine Witwe aufhören müßte, den Nahmen ihres verstorbenen Mannes zu führen und dessen Standesrechte zu genießen. Würde die Getrennte in das vor geschlossener Ehe Statt gefundene Verhältniß zurücktreten, so wäre dieses so anzusehen, als ob die Ehe gar nie rechtlich zu Stande gekommen wäre, was wohl bey der Ungül-

[1] Erläuterung des a. b. G. B. II. B. S. 137.

tigerklärung, nicht aber bey der Trennung der Ehe der Fall sey. Die an der Trennung schuldlose Ehegattinn könne die durch ihre Verehelichung erworbenen Standesvorzüge eben so wenig verlieren, als sie ihre früheren Standesrechte, auf welche sie durch ihre Heirath bereits Verzicht geleistet hat, wieder zu erwerben vermöge, weil auch hier die Regel gelte: Ad renuntiata non datur regressus. Vorausgesetzt endlich, daß ein Ehetheil bey der Trennung der Ehe katholisch sey, so könne weder der Gattinn, wenn sie katholisch ist, zugemuthet werden, daß sie den Nahmen und die Standesrechte ihres akatholischen Gatten aufgebe; noch könne der Gatte, wenn er katholisch ist, fordern, daß die akatholische Gattinn seinen Nahmen und seine Standesrechte mit ihrem Familien-Nahmen und Stande vertausche, weil der katholische Theil, ungeachtet der Trennung, nach seinen Religions-Grundsätzen das Ehebund mit dem akatholischen Theile noch immer als bestehend ansehen und sich nur als geschieden von ihm betrachten müsse.

3. Diese Gründe sind schon von Dr. Wenzel Porth[1] größten Theils widerlegt worden. Ich werde daher nicht viel Eigenes beyzusetzen finden. Zuvörderst glaube ich, daß der Hr. Appellationsrath das Gesetz, aus welchem sich folgern läßt, daß die getrennte Frau den Nahmen und die Standesrechte ihres Mannes durch die Trennung verliere, nicht nur selbst angegeben, sondern sogar jene Folgerung, freylich nur in allgemeinen Ausdrücken, daraus ganz richtig gezogen habe, indem er sagte: »Durch die »Trennung der Ehe wird das eheliche Band für die Zukunft »gänzlich aufgelöset (§. 62 des b. G. B.) — und die persönlichen »(Personen) Rechte und Pflichten der Ehegatten gegen einander »sind dadurch erloschen.« Oder sind das Recht der Gattinn, den Nahmen ihres Gatten zu führen und seiner Standesrechte zu genießen, nicht Personen- sondern Sachenrechte? Hiermit ist zugleich die gesetzliche Anordnung nachgewiesen, daß jenes Recht, und, wenn man es so haben will, die dazu übernommene Verpflichtung nach erfolgter Trennung wieder aufgehoben worden sind.

---

1 Recension von Rippels zweytem Bande der Erläuterung des a. b. G. B. im Notizen-Blatte der Wagner'schen Zeitschrift vom J. 1832, II. Heft. S. 55.

Daß die Gesetzgebung der Witwe die Beybehaltung des Nahmens und den Fortgenuß der Standesrechte ihres verstorbenen Mannes gestattet, beruhet auf Gründen, die für eine getrennte Gattinn keineswegs sprechen. Einmahl ist es zur Vermeidung von Irrungen und Anständen bey der Pensions-Anweisung und Beziehung, bey der Verlassenschafts-Abhandlung und bey andern, von den Behörden vorzunehmenden, die Witwe betreffenden Geschäften, höchst nothwendig, daß sie dabey auch nach dem Tode des Mannes mit dessen Nahmen bezeichnet erscheine. Dann hat die Witwe die unzertrennliche Lebensgemeinschaft mit ihrem Manne bis an seinen Tod fortgesetzt und ihm ihren Beystand, so lange er desselben bedurfte, gehörig geleistet, also die Pflichten vollkommen erfüllet, die sie durch den Ehevertrag übernommen hat. Sie verdient also, daß ihr der werthe Nahmen und die Standesrechte des Mannes auch nach dessen Absterben zur Belohnung und zum tröstenden Andenken an die vormahlige Verbindung gelassen werden. Kein solches Verdienst hat eine Frau für sich anzuführen, welche entweder selbst die Trennung der Ehe bewirkt, oder sich als Gattinn so schlecht aufgeführt hat, daß ihr Mann mit Hülfe des Gerichtes die Auflösung des Ehebandes zu bewirken sich genöthiget sahe. Welcher Gesetzgeber oder Richter wird einem Begleiter, den ich zu einer langen Reise durch unbekannte Gegenden gegen Zusicherung gewisser Vortheile aufgenommen habe, diese auf gleiche Weise zu- oder absprechen, derselbe mag mich treu bis an das Ende der Reise begleitet oder mich auf dieser verlassen, oder sich gegen mich so betragen haben, daß ich veranlaßt wurde, mich selbst von ihm zu trennen? Es ist unrichtig, daß, falls die Gattinn nach der Trennung in Ansehung des Nahmens und der Standesrechte in das vorige Verhältniß treten würde, es so anzusehen wäre, als ob die Ehe nie existirt hätte. Sie war Gattinn vor der Trennung und genoß die Rechte derselben; nur nach der Trennung hat sie dieselben nicht mehr, weil sie aufhörte Gattinn zu seyn. Die Trennung vernichtet nur für die Zukunft ihre ehelichen Rechte; die Ungültigerklärung aber wirkt rückwärts und stellt die Frau als eine Person dar, der nie die Rechte einer Gattinn zu Theil geworden sind. Die Regel: Ad renuntiata non datur regressus, gilt nur in dem Sinne, daß Niemand Rechte, die ihm gegen eine

bestimmte Person zustanden, mehr geltend machen könne, wenn er einmahl darauf zu dessen Gunsten Verzicht geleistet hat. Von dieser Art sind aber die Rechte nicht, welche die Gattinn auf den Nahmen und die Standesrechte, die ihr von Geburt aus zukamen, hatte. Wen verletzt sie, wenn sie dieselben zurück nimmt? Ein katholischer Gatte wird, wenn er seinen Religions-Begriffen ganz gemäß handeln will, seine getrennte akatholische Gattinn zur Ablegung seines Nahmens wohl nicht anhalten; thut er es aber doch, so hat sie sich wider Unrecht nicht zu beklagen. Warum hat sie um Trennung angesucht und diese Folge selbst herbeygeführt? Ist aber die Gattinn katholisch, so kann nach §. 116 ihre geänderte Religion dem Rechte des akatholischen Gatten auf Trennung und deren rechtliche Wirkungen, woran sie wieder selbst Schuld trägt, nicht schaden.

§. 294.

Einfluß der Trennung auf die Sachenrechte der Ehegatten, besonders auf die aus Ehe-Pacten.

1. Die Trennung der Ehe hat auch auf die Sachenrechte der Ehegatten einen sehr wichtigen Einfluß. Einmahl kann ein getrennter, obgleich schuldloser Ehegatte, die gesetzliche Erbfolge nach dem andern nicht ansprechen (§. 1266 des b. G. B.); die Trennung mag aus was immer für einem Grunde erfolgt seyn, weil er nicht mehr Ehegatte des Verstorbenen ist. In Ansehung jener Sachenrechte aber, die auf Ehe-Pacten beruhen, ist ein Unterschied zu machen, ob die Trennung der Ehe wegen unüberwindlicher Abneigung, oder aus einem andern Grunde begehrt und zuerkannt worden ist.

2. Wird die Trennung der Ehe auf Verlangen beyder Ehegatten ihrer unüberwindlichen Abneigung wegen verwilliget, so sind die Ehe-Pacte, soweit darüber kein Vergleich getroffen wird, für beyde Theile erloschen (§. 1266 im Anfange). Es steht also bey dieser Art der Trennung den Ehegatten frey, sich entweder über die gänzliche Aufhebung, oder über eine Abänderung der zwischen ihnen errichteten Ehe-Pacte mit einander zu vergleichen. Gewöhnlich geschieht auch ein solches Uebereinkommen. Ist aber dieß nicht der Fall, so sind die Ehe-Pacte als erloschen für beyde

Digitized by Google

Theile zu betrachten, weil sie Nebenverträge zu dem Ehevertrage sind. Gleichwie also dieser durch die Trennung für die Zukunft außer Wirksamkeit gesetzt wird, so verlieren auch jene von dem Zeitpuncte der in Rechtskraft erwachsenen Trennungsbewilligung ihre fernere Wirksamkeit. Was zur Erfüllung der Ehe-Pacte bis zu diesem Zeitpuncte bereits geschehen ist, bleibt daher aufrecht stehen; was hingegen erst in der Folge in Erfüllung gehen sollte, dazu gibt es von der Zeit der Trennung an weder Recht, noch Verbindlichkeit. So bleibt die bereits entrichtete Morgengabe der getrennten Frau; aber auf die noch nicht entrichtete verliert sie allen Anspruch, wenn auch von der Schließung der Ehe bis zur Trennung noch nicht drey Jahre verstrichen wären. Eben so behalten zwar die zwischen den Ehegatten bereits vollzogenen Schenkungen ihre volle Kraft; aber selbst die schriftlich zugesicherten, z. B. das Stecknadelgeld, können nach der Trennung nicht mehr gefordert werden. Das Heirathsgut, welches von der Ehegattinn oder für sie von einem Andern dem Manne zur Erleichterung des mit der ehelichen Gesellschaft verbundenen Aufwandes übergeben oder zugesichert worden, verliert nach Auflösung der ehelichen Gesellschaft seine Bestimmung, und muß der Frau oder dem freywilligen Besteller, der sich dessen Rückfall bedungen hat, zurückgestellet, oder kann von dem Manne nicht weiter gefordert werden. Die zwischen den Ehegatten vertragsmäßig bestandene Gütergemeinschaft hebt sich mit der Trennung der Ehe auf, und das vorhandene gemeinschaftliche Vermögen muß eben so wie nach dem Tode eines Ehegatten getheilt werden. Aller Anspruch der Frau auf die versprochene Widerlage, oder den zugesagten Witwengehalt fällt weg. Die Verwaltung oder der Fruchtgenuß des eigenen Vermögens, den ein Ehegatte dem andern, sey es auch auf immer, verwilliget hat, hört auf. Von dem zwischen den Ehegatten errichteten Erbvertrage, wodurch einer dem andern seinen Nachlaß oder einen Theil desselben versprochen, und dieser das Versprechen angenommen hat, wie auch von der durch einen Ehegatten dem andern zugesicherten Fruchtnießung seines Vermögens auf den Fall des Ueberlebens kommt es gänzlich ab.

3. Wird aber auf die Trennung der Ehe aus einem andern Grunde erkannt, so gebührt dem schuldlosen Ehegatten nicht nur

volle Genugthuung, sondern von dem Zeitpuncte der erkannten Trennung alles dasjenige, was ihm in den Ehe-Pacten auf den Fall des Ueberlebens bedungen worden. Das Vermögen, worüber eine Gütergemeinschaft bestanden hat, wird wie bey dem Tode getheilt, und das Recht aus einem Erbvertrage bleibt dem Schuldlosen auf den Todesfall vorbehalten (§. 1266 in der Mitte). Eine solche Trennung setzt von Seite des einen Ehegatten Schuldlosigkeit, von Seite des andern ein Verschulden voraus. Es ist der Billigkeit gemäß, daß der schuldlose Theil durch die Trennung weder einen Schaden erleide, noch einen gehofften Gewinn einbüße. Dieses scheint hier vermöge des §. 1323 des b. G. B. der Ausspruch des Gesetzes zu bedeuten, daß dem schuldlosen Theile volle Genugthuung gebühre. Eine Folge davon ist, daß dem schuldlosen Theile alle seine Rechte aus den Ehe-Pacten vorbehalten bleiben müssen; aber das Gesetz begünstiget ihn noch mehr und will, daß er in den Genuß dieser Rechte, obgleich sie in den Ehe-Pacten erst auf den Fall des Ueberlebens bedungen worden sind, sogleich nach rechtskräftig gewordenem Trennungsurtheile treten soll, damit der Gegentheil nicht Gelegenheit finde, dieselben zu schmälern oder gar zu vereiteln. Ist also die Ehegattinn der unschuldige Theil, so kann sie nicht nur die erweislich noch nicht empfangene Morgengabe fordern, sondern andere Schenkungen geltend machen, wenn nur ihr Recht darauf nach §. 943 durch eine schriftliche Urkunde begründet worden ist. Die dem Manne, sey es auch ausdrücklich und auf immer, eingeräumte Verwaltung oder Nutznießung ihres eigenen Vermögens kann sie widerrufen. Ihre Ansprüche auf die Zurückstellung des Heirathsgutes, auf die Widerlage und den Witwengehalt, obgleich dieselben nach den Ehe-Pacten von dem Falle des Ueberlebens abhängig sind, ist sie berechtiget, schon von dem Zeitpuncte der rechtskräftig erkannten Trennung geltend zu machen. — Ist hingegen der Mann außer Schuld, so wird er nicht nur von der Zurückgabe der Widerlage, der Morgengabe und des Witwengehaltes befreyt, sondern es gebühren ihm auch die von der Frau etwa schriftlich zugesicherten Geschenke, und das auf Ueberleben bedungene Heirathsgut, und zwar letzteres so, daß er auch nach dem Tode der Frau dasselbe ihren Erben zurückzustellen nicht verbunden ist. — Nur das aus einem zwischen

den Eheleuten geschlossenen Erbvertrage entspringende Recht kann der schuldlose Theil nicht gleich nach erfolgter Trennung, sondern erst nach dem Tode des schuldigen Theiles in Ausübung bringen, weil der Gegenstand des Erbvertrages der künftige Nachlaß ist; dieser aber sich nicht denken läßt, bevor der denselben versprechende Theil gestorben ist. Wenn zwischen den Ehegatten eine Gütergemeinschaft gegründet worden, so wird dieselbe durch die Trennung der Ehe aufgehoben, und das derselben unterzogene Vermögen, in so weit es noch vorhanden ist, wird eben so wie bey dem Tode in zwey Hälften getheilt. Hieraus wird es ersichtlich, daß der an der Ehetrennung Schuld tragende Theil aus derselben nicht nur keinen Vortheil ziehe, sondern sogar der durch die Ehe-Pacte für ihn begründeten Rechte verlustig werde.

4. Zweifelhaft ist es, ob die von einem Ehegatten dem andern auf den Fall des Ueberlebens ertheilte Fruchtnießung seines Vermögens dem schuldlosen Theile gleich nach der Trennung der Ehe zufalle, oder nur nach dem Tode des schuldigen Theiles vorbehalten bleibe, wie dieß der Fall bey dem Rechte aus einem Erbvertrage ist. Die Worte des §. 1266, wodurch dem schuldlosen Ehegatten ohne Ausnahme »alles dasjenige, was ihm in »den Ehe-Pacten auf den Fall des Ueberlebens »bedungen worden ist,« schon von dem Zeitpuncte der erkannten Trennung zugesprochen wird, scheinen deutlich für die erstere Meinung zu entscheiden. Allein gegen eine solche Entscheidung streiten doch auch nicht unwichtige Gründe. Ein leichtsinniger Ehegatte, der dem andern die Fruchtnießung seines ganzen Vermögens zugestanden, und sich nachher durch seinen Leichtsinn eine Trennung zugezogen hat, kann bey dem Bestande jener Meinung sehr leicht lebenslänglich um den nöthigen Unterhalt kommen, da er als schuldiger Theil zugleich alles Recht auf das Heirathsgut, die Widerlage, den Witwengehalt, die Morgengabe und aus dem Erbvertrage verliert, und aus der vielleicht nicht errichteten Gütergemeinschaft auch nichts zu fordern hat. Zudem hat der Vertrag, wodurch eine solche Nutznießung oder das Advitalitätsrecht versprochen wird, eine weit größere Aehnlichkeit mit dem Erbvertrage, als mit andern Ehe-Pacten, wodurch etwas auf den Fall des Ueberlebens bedungen wird, und ist vielleicht

Digitized by Google

wirklich als eine besondere Art von Erbverträgen anzusehen, wie ich dieses in einem eigenen Aufsatze [1] darzuthun versucht habe.

§. 295.

Wiedervereinigung getrennter Ehegatten.

1. Nach dem Zeugnisse Böhmers [2] können getrennte protestantische Eheleute nur mit Bewilligung des Consistoriums ihre eheliche Verbindung erneuern, weil nur das Consistorium dem schuldigen Theile den ihm auferlegten Cölibat nachlassen kann. Wäre aber keine Cölibats-Auflage geschehen, so kann eine solche Wiedervereinigung auch ohne Dazwischenkunft des Consistoriums geschehen, weil sie durch kein Gesetz verbothen ist. Sollte aber die Frau nach der Trennung zur zweyten Ehe geschritten, und auch von dem zweyten Manne getrennt, oder durch dessen Tod in den Witwenstand versetzt worden seyn, so könnte es scheinen, daß es dem ersten Manne nicht erlaubt sey, sie wieder zur Frau zu nehmen, weil wenigstens vormahls die Protestanten die Mosaischen Eheverbothe für verbindlich hielten, und es Deuternom. Cap. 24, v. 1 — 4, von einer durch Scheidebrief des Mannes entlassenen Frau heißt: Cumque egressa alterum maritum duxerit, et ille quoque oderit eam, dederitque ei libellum repudii, et dimiserit de domo sua, vel certe mortuus fuerit, non poterit prior maritus eam accipere in uxorem suam, quia polluta est, et abominabilis facta coram Domino. Allein Böhmer glaubt, dieses Gesetz sey nur für die Juden gegeben worden und auf Protestanten nicht anwendbar. Doch gibt es Particular-Gesetze der Protestanten, durch welche die Erneuerung der Ehe zwischen getrennten Eheleuten untersagt wird. In den canonischen Vorschriften der nicht unirten Griechen erinnere ich mich nicht, über die Wiedervereinigung getrennter Ehegatten irgend eine Bestimmung gelesen zu haben.

2. Die Oesterreichische Gesetzgebung sucht die Akatholiken, ohne ihrem Gewissen irgend einen Zwang anzuthun, dem katholischen

---

[1] Wagner's Zeitschrift v. J. 1833. 3. H. S. 147.

[2] Böhmer jus ecclesiast. Protestant. T. IV. L. IV. Tit. XIX. §. XLVII. pag. 404.

Digitized by Google

Grundsatze, nach welchem gültig geschlossene Ehen lebenslänglich fortdauern sollen, einiger Maßen dadurch näher zu bringen, daß sie den getrennten Eheleuten ohne Unterschied, ob ein Theil nach der Trennung eine andere, dann wieder getrennte, Ehe eingegangen hat, oder nicht, erlaubt, ihre eheliche Verbindung zu erneuern. Sie macht zu diesem Ende im §. 118 des b. G. B. folgende Anordnung: » Wenn die getrennten Ehegatten sich wieder ver» einigen wollen, so muß die Vereinigung als eine neue Ehe » betrachtet, und mit allen zur Schließung eines Ehevertra» ges nach dem Gesetze erforderlichen Feyerlichkeiten eingegan» gen werden. « Denn das vorige Eheband ist gänzlich aufgelöst worden, und bestand seit der Trennung nicht mehr, folglich muß von den sich wieder vereinigenden vormahligen Eheleuten die Ehe neuerdings, also mit Beobachtung aller dabey vorgeschriebenen Feyerlichkeiten, nähmlich des ordentlichen Aufgebothes und der feyerlichen Erklärung der Einwilligung geschlossen werden. Sollte einer oder der andere der Getrennten zur katholischen Religion übergegangen seyn, so versteht es sich von selbst, daß bey der Wiedervereinigung die feyerliche Erklärung der Einwilligung in die zu erneuernde Ehe vor dem katholichen Pfarrer abzugeben sey.

3. Irrig aber wäre die Behauptung, daß ein getrennter Akatholik sich mit seiner zur katholischen Religion übergetretenen vormahligen Frau, oder umgekehrt eine Akatholikinn mit ihrem katholisch gewordenen Manne, gar nicht wieder vereinigen könne, weil das Justiz-Hofdecret vom 26. August 1814, Nr. 1099, den getrennten Akatholiken bey Lebzeiten des andern Theiles nur mit akatholischen Personen eine neue Ehe gültig zu schließen gestattet. Denn dieses Hof-Decret ist nur aus Rücksicht auf den katholischen Religions-Grundsatz erlassen worden, daß die Ehe bloß durch den Tod, nicht aber auch durch gerichtliche Trennung aufgelöset werde; diesem Religions-Grundsatze aber handelt ein zur katholischen Religion übergetretener Ehegatte nicht entgegen, sondern vielmehr gemäß, wenn er mit seinem akatholischen Ehegatten, von dem er getrennt worden, wieder in die eheliche Verbindung zurücktritt. Bedenklicher, jedoch meines Erachtens ebenfalls bejahend zu entscheiden, ist die Frage, ob eine getrennte, zur katholischen Religion

Digitized by Google

übergetretene Frau sich mit ihrem akatholischen Manne, der nach der Trennung eine Akatholikinn zur zweyten Frau nahm, und sich von dieser ebenfalls trennen ließ, bey Lebzeiten der letzteren gültig wieder vereinigen könne. Eine solche Frau sieht nach ihren geänderten Religions-Grundsätzen nicht nur ihre Ehetrennung, sondern auch die zweyte Heirath ihres Mannes für ungültig, folglich das Eheband mit ihrem Manne als noch bestehend an, welches sie daher erneuern kann, ohne dadurch gegen den Geist des angeführten Hof-Decretes anzustoßen, welches bloß die Aufrechthaltung des katholischen Principes über die Unauflösbarkeit der Ehe zum Zwecke hat.

4. Die Wiedervereinigung getrennter Eheleute unterscheidet sich von der Convalidation einer ungültigen Ehe dadurch, daß bey dieser das Aufgeboth schon durch das Gesetz erlassen, bey jener aber, wie bey der Schließung einer neuen Ehe, erforderlich ist, und zwar aus einem guten Grunde, weil nähmlich den getrennten Eheleuten gestattet ist, sich mit andern Personen wieder zu verehelichen, wodurch seit der Trennung ein wichtiges, der Wiedervereinigung entgegenstehendes, Ehehinderniß entstanden seyn konnte, von dessen Nichtvorhandenseyn man sich durch die Verkündigungen überzeugen muß. Ein anderer Unterschied liegt darin, daß bey der Wiedervereinigung die feyerliche Erklärung der Einwilligung vor dem ordentlichen Seelsorger des einen Theiles geschehen muß; bey der Convalidation aber es hinreiche, wenn die Einwilligung vor einem Seelsorger, sollte er auch weiter nichts als der Beichtvater des einen Ehegatten seyn, erklärt wird. — Von der Wiedervereinigung der von Tisch und Bett geschiedenen Eheleute unterscheidet sich die Wiedervereinigung der getrennten dadurch, daß zu jener weiter nichts nöthig sey, als die Anzeige derselben bey dem ordentlichen Gerichte, von welchem die Scheidung von Tisch und Bett zum Protokoll genommen oder erkannt worden ist.

5. Was für eine Wirkung die Erneuerung der Ehe zwischen den Getrennten auf ihre vormahligen Ehe-Pacte habe, bestimmt das Gesetz nirgends. Soviel ist wohl außer Zweifel, daß die für beyde Theile erloschenen Ehe-Pacte durch ihre Wiedervereinigung nicht von selbst aufleben; ob aber und in wie weit die dem schuld-

Digitized by Google

losen Theile bey der Trennung vorbehaltenen Rechte aus den Ehe-Pacten ihre Wirksamkeit nach der Wiedervereinigung fortbehalten, scheint eine schwierigere Frage zu seyn, deren Erörterung jedoch hier außer dem Zwecke liegt.

Fünfter Abschnitt.

Von der Wiederverehelichung.

§. 296.

Begriff der Wiederverehelichung.

Eine gewöhnliche Folge der Ungültigerklärung oder Trennung einer Ehe ist die Wiederverehelichung eines, oder nach Umständen auch beyder Ehegatten. Die Wiederverehelichung ist die Schließung einer neuen Ehe nach erfolgter Ungültigerklärung oder Trennung einer frühern. Daß ein Ehegatte, dessen Ehe für ungültig erklärt oder getrennt worden, zu einer neuen Ehe schreiten, also sich wieder verehelichen könne, erhellet aus den §§. 62, 119 und 120 des bürgerl. Gesetzbuches. Durch die Ungültigerklärung wird der äußerliche Schein einer bisher vermeintlich bestandenen Ehe rechtlich aufgehoben; durch die Trennung aber das wirklich bestandene frühere Eheband gänzlich aufgelöset. Es stehet also nach vorgenommener Ungültigerklärung oder Trennung der Ehe den Ehegatten das Verboth des §. 62, daß Niemand mit zwey Personen zu gleicher Zeit vermählt seyn darf, nicht mehr im Wege, um in eine andere eheliche Verbindung zu treten.

§. 297.

Scheinbare Wiederverehelichung.

Die Schließung einer neuen Ehe nach erfolgter Ungültigerklärung der vorigen ist jedoch nur eine scheinbare Wiederver-

Digitized by Google

ehelichung, weil die für ungültig erklärte vorige Ehe in der That keine Ehe, sondern bloß eine Verbindung, die den Schein einer Ehe hatte, war, folglich die neue Ehe im Grunde die erste wirkliche Ehe ist. Ein Gatte, dessen Ehe für ungültig erklärt worden ist, hat, wenn er zu einer neuen Ehe schreiten will, dem Seelsorger, welcher ihn trauen soll, das gerichtliche auf Ungültigkeit der vorigen Ehe lautende Urtheil vorzuweisen, damit derselbe, wenn er etwa von der früheren Ehe eines solchen Ehegatten Kenntniß hätte, die Ueberzeugung erhalte, daß aus derselben für die Schließung einer neuen Ehe kein Hinderniß, nähmlich nicht das impedimentum ligaminis, erwachsen sey, weil dem Seelsorger sonst bey schwerer Strafe im §. 78 des bürgerl. Gesetzbuches verbothen ist, die Trauung vorzunehmen. Doch kann die Vorzeigung des Urtheils unterbleiben, wenn die neue Trauung bey der nähmlichen Pfarre, als die frühere vor sich gehen soll, und in dem dortigen Trauungsbuche auf Anzeige der Behörde, welche für die Richtigkeit des Trauungsbuches zu sorgen hat, die Ungültigerklärung der vorigen Ehe, wie es der §. 122 des bürgerl. Gesetzbuches haben will, sich bereits angemerkt findet.

§. 298.

Wahre Wiederverehelichung.

1. Eine wahre oder eigentliche Wiederverehelichung findet daher nur nach der Trennung einer Ehe Statt. Denn die Ehetrennung setzt eine gültig geschlossene Ehe voraus, durch welche ein wirkliches Eheband erzeugt wurde. Geht also nach dessen gänzlicher Auflösung der eine oder der andere Theil auf die gehörige Weise eine abermahlige eheliche Verbindung ein, so ist diese wirklich eine zweyte oder neue Ehe, eine Wiederverehelichung. Die Trennung der Ehe geschieht entweder durch den wirklich erfolgten Tod eines Ehegatten, oder bey Ehen der Akatholiken durch das richterliche Trennungsurtheil. Dem wirklichen Tode aber wird auch der gesetzlich vermuthete Tod, den die Gesetze nach einer vorausgegangenen Todeserklärung annehmen, in Rücksicht auf die rechtlichen Wirkungen gleichgehalten. Demnach kann von einer eigentlichen Wiederverehelichung nur in folgenden Fällen die Rede seyn:

Digitized by Google

a) Wenn ein Ehegatte gestorben ist; b) wenn der Tod eines Ehegatten gesetzlich vermuthet wird, d. i. wenn er durch das Gericht feyerlich für todt erklärt worden ist; c) wenn eine Ehe durch richterliches Urtheil getrennt wird.

2. Ein getrennter Ehegatte, der sich wieder verehelichen will, muß vermöge §. 62 die erfolgte Trennung, d. i. die gänzliche Auflösung des vorigen Ehebandes rechtmäßig beweisen; denn die Trennung einer gültig geschlossenen Ehe ist ein Factum, welches nicht vermuthet wird, sondern bewiesen werden muß. Ist die Ehe durch den Tod des einen Ehegatten getrennt worden, so liefert der überlebende Ehegatte, der sich wieder verehelichen will, diesen Beweis dem die neue Trauung verrichtenden Seelsorger durch Vorzeigung des Todtenscheines, oder anderer die Stelle desselben vertretenden Urkunden, worunter auch ein gerichtliches Zeugniß über aufgenommene Aussagen zweyer glaubwürdigen, bey dem Tode des anderen Ehegatten gegenwärtig gewesenen, Zeugen gehört (§. 224). Wird die Trennung der Ehe nach vorgenommener feyerlichen Todeserklärung eines abwesenden oder vermißten Ehegatten gesetzlich vermuthet, so hat der zurückgebliebene Ehegatte, wenn er zur neuen Ehe schreiten will, dem trauenden Seelsorger das richterliche Erkenntniß über die erfolgte Todeserklärung vorzuweisen. Geschah endlich die Trennung der Ehe durch richterliches Urtheil, so ist dieses dem Pfarrer, der einen getrauten Ehegatten neuerdings trauen soll, vorzulegen. Doch ist die Vorweisung des Erkenntnisses über die Todeserklärung und des richterlichen Trennungsurtheiles nicht nöthig, wenn eine solche Urkunde in dem Todten- oder Trauungsbuche der Pfarre, wo die Schließung der neuen Ehe vor sich gehen soll, auf Anzeige der Behörde bereits eingetragen ist, und noch weniger die Vorzeigung des Todtenscheines, wenn der Tod des andern Ehegatten in den Sterb-Registern dieser Pfarre ohnehin angemerkt erscheint. Ist aber der andere Ehegatte darin aus Versehen nicht als gestorben verzeichnet, so muß eine Ergänzung des Todtenbuches auf die gesetzmäßige Art vor sich gehen, und dann wird die Vorweisung des Todtenscheines wieder überflüssig.

3. Ueberhaupt muß man bemerken, daß die neue, nach Ungültigerklärung oder Trennung der früheren, geschlossene Ehe bloß

Digitized by Google

aus der Ursache, weil bey der Wiederverehelichung dem Seelsorger die zum Beweise der Ungültigerklärung oder Trennung dienenden Urkunden nicht vorgezeigt worden sind, keineswegs ungültig werde, wenn nur die vorige Ehe wirklich für ungültig erklärt, der vorige Ehegatte wirklich gestorben oder feyerlich für todt erklärt, oder das frühere Eheband durch richterliches Urtheil wirklich aufgelöset worden ist. Denn das allg. bürgerl. Gesetzbuch verordnet nirgends, daß durch die unterlassene Vorweisung oben gedachter Urkunden ein Ehehinderniß begründet werde.

§. 299.

Beschränkung der Wiederverehelichung.

Die Wiederverehelichung unterliegt mehreren gesetzlichen Beschränkungen. Zwey davon beziehen sich nur auf die durch richterliches Urtheil getrennten Eheleute, und zwar sowohl auf den Mann als auf das Weib. Die Uebertretung derselben wurde sogar zum Ehehindernisse erhoben, und macht die neue, gegen eine solche Beschränkung eingegangene, Ehe ungültig. Die dritte Beschränkung aber betrifft nur die Frau, geht jedoch sowohl auf den Fall, da ihre vorige Ehe für ungültig erklärt, als auch auf die Fälle, da dieselbe entweder durch den Tod des vorigen Mannes oder durch richterliches Urtheil getrennt worden ist. Nur der Fall einer Todeserklärung des vorigen Mannes ist dieser Beschränkung nicht unterworfen. Auch macht die Uebertretung derselben kein Ehehinderniß aus, folglich die neue Ehe nicht ungültig.

§. 300.

Erste Beschränkung durch den §. 119 des bürgerl. Gesetzbuches.

Die erste Beschränkung der Wiederverehelichung liegt in dem §. 119, des bürgerl. Gesetzbuches und besteht darin, daß der durch richterliches Urtheil aus einer im §. 115 enthaltenen Ursache getrennte Ehegatte mit einer Person, welche vermöge des bey der Trennung vorgelegenen Beweise durch Ehebruch, durch Verhetzungen, oder auf eine andere sträfliche Art die vorgegangene Trennung veranlaßt hat, keine gültige Ehe schließen kann. Daß die Uebertretung dieser Beschränkung ein Ehehinderniß, das der Wie-

Digitized by Google

derverehelichung im Wege steht, begründe, zeigen die Worte des angeführten und der Inhalt des 94. Paragraphes des bürgerl. Gesetzbuches. Man pflegt dieses Ehehinderniß das Hinderniß der Theilnahme an der Trennungsursache zu nennen. Seine Beschaffenheit und wie es sich von den Ehehindernissen des Ehebruches und des Gattenmordes, welche im Grunde auch als Beschränkungen der Wiederverehelichung anzusehen sind, unterscheide, ist schon anderswo [1] hinlänglich erklärt worden, und kann daher hier übergangen werden.

§. 301.

Zweyte Beschränkung durch das Hofdecret vom 4. oder 26. August 1814.

Die zweyte Beschränkung geht dahin, daß eine getrennte akatholische Person bey Lebzeiten ihres vorigen Gatten sich mit einer katholischen Person nicht gültig verehelichen kann. Diese Beschränkung ist erst im dritten Jahre nach eingetretener Wirksamkeit des allg. bürgerl. Gesetzbuches durch eine allerhöchste Entschließung vom 28. Julius 1814, welche durch das Hofdecret der obersten Justiz-Stelle vom 26. August 1814, Nr. 1099 der Justiz-Gesetzsammlung, den sämmtlichen Appellations-Gerichten kundgemacht wurde [2], eingeführt worden. Gedachtes Hofdecret lautet so: »Ueber Anfrage: Ob ein von dem Ehebande getrennter Akatholike bey Lebzeiten des vorigen Gatten mit einer katholischen »Person sich gültig wieder verehelichen könne, haben Se. Majestät zu beschließen befunden: Zur genauern Bestimmung des »§. 119 des bürgerl. Gesetzbuches werde erklärt, daß, wenn Ehen »nicht katholischer christlicher Religionsverwandten dem Bande »nach getrennt werden, den getrennten akatholischen Personen gestattet werde, bey Lebzeiten des getrennten Gegentheiles nur »mit akatholischen Personen, jedoch nicht denjenigen, welche vermöge der bey der Trennung vorgelegenen Beweise durch Ehebruch,

[1] Handbuch des in Oesterreich geltenden Eherechtes, I. Band, §. 69. S. 237 — 243.

[2] Die Bekanntmachung dieser allerhöchsten Entschließung ist von der politischen Hofstelle oder der vereinten Hofkanzley bereits am 4. August 1814 geschehen.

» durch Verhetzungen, oder auf eine andere sträfliche Art die vor-
» gegangene Trennung veranlaßt haben, eine gültige Ehe zu schlie-
» ßen.« Da nach dieser allerhöchsten Entschließung ein dem Bande nach getrennter akatholischer christlicher Ehegatte, so lange sein Gegentheil lebt, nur mit akatholischen Personen eine gültige neue Ehe eingehen kann, so ergibt sich von selbst, daß er bey Lebzeiten seines getrennten Gegentheiles sich mit einer katholischen Person nicht gültig wieder verehelichen könne, und daß die Uebertretung der angeführten Beschränkung ein wahres, der Wiederverehelichung entgegenstehendes Ehehinderniß sey. Dieses Ehehinderniß ist verschieden von dem Hindernisse der Religionsverschiedenheit; denn letzteres waltet zwischen Personen ob, deren eine der christlichen, die andere einer nicht christlichen Religion zugethan ist; ersteres aber findet zwischen zwey christlichen Personen Statt, wovon eine sich zur katholischen, die andere zu einer nicht katholischen Religion bekennt, zwischen welchen sonst eine gültige Ehe bestehen kann. Ferner das neue Ehehinderniß setzt jederzeit die vorgegangene Trennung einer frühern Ehe voraus; eine solche Trennung ist aber bey dem Hindernisse der Religionsverschiedenheit nicht erforderlich. Daher tritt jenes nur bey einer Wiederverehelichung ein; dieses aber kann sowohl bey einer neuen, als auch bey einer ersten Ehe eintreten. Das in der Frage stehende Ehehinderniß ist auch nicht zu verwechseln mit dem Ehehindernisse des noch bestehenden Ehebandes; denn zwischen den gerichtlich getrennten akatholischen Eheleuten besteht kein Eheband mehr, dieses ist durch den richterlichen Spruch aufgelöset worden, jeder getrennte akatholische Theil kann auch bey Lebzeiten des andern zu einer neuen Ehe schreiten; nur kann er sich mit einer katholischen Person nicht gültig verehelichen, oder was auf das Nähmliche hinausläuft, nur eine katholische Person kann einen gerichtlich getrennten akatholischen Christen bey Lebzeiten seines getrennten Gegentheiles nicht gültig ehelichen. Der Grund davon liegt in den Grundsätzen der katholischen Religion, weßwegen man dieses neue Ehehinderniß füglich das Ehehinderniß des Katholicismus nennen kann. Die katholische Religionslehre stellt nähmlich den Grundsatz auf, daß die Ehe eine nur durch den Tod allein trennbare Verbindung sey. Der Katholik muß also dafür

halten, daß die bey den Akatholiken übliche Auflösung des Ehebandes bey Lebzeiten beyder Ehegatten nach echt christlichen Religions-Grundsätzen unzulässig, daß der durch richterliches Urtheil getrennte Akatholik noch an seinen vorigen Ehegatten gebunden, folglich es einem Katholiken nicht erlaubt sey, sich mit einer getrennten akatholischen Person in eine eheliche Verbindung einzulassen. Damit nun kein katholischer Christ in Versuchung und Gefahr gerathe, durch Eingehung einer solchen Verbindung sein Gewissen zu verletzen, hat der Oesterreichische Gesetzgeber die Wiederverehelichung einer getrennten akatholischen Person mit einer katholischen, oder was einerley ist, die Verehelichung einer katholischen Person mit einer getrennten christlichen akatholischen bey Lebzeiten des anderen akatholischen Theiles verbothen, und dieses Verboth mit der Ungültigkeit einer solchen neuen Ehe sanctionirt[1].

§. 302.

Folgerungen aus der zweyten Beschränkung.

1. Aus diesem Grunde läßt sich aber noch weiter folgern, daß ein christlicher akatholischer Ehegatte, welcher zur katholischen Religion übertritt, und dann von dem andern, bey der akatholischen Religion verharrenden, wie es nach §. 116 des allg. bürgerl. Gesetzbuches allerdings geschehen kann, gerichtlich getrennt wird; ferner, daß ein bereits getrennter, christlicher akatholischer Ehegatte, welcher sich nach der Trennung zur katholischen Religion bekennt, bey Lebzeiten des andern weder mit einer katholischen noch mit einer akatholischen Person eine neue Ehe gültig eingehen könne. Denn ein solcher Ehegatte, er mag vor oder nach der Trennung

[1] In keine geringe Verlegenheit käme ein akatholischer Ehegatte, der nach der gerichtlichen Trennung seiner Ehe sich mit einer Akatholikin gültig wieder verehelichte, dann aber katholisch würde. Das Gewissen ruft ihm als Katholiken zu, nicht die zweyte, sondern die erste noch lebende Frau als die rechtmäßige anzusehen. Das Gesetz aber erlaubt weder seiner zweyten Frau, noch ihm, wegen seines Uebertrittes zur katholischen Religion die Trennung der zweyten Ehe, ja nicht einmahl die Scheidung von Tisch und Bett zu begehren. Was soll er also thun? Der Canonist würde nach der Analogie anderey dergleichen Fälle antworten: matrimonium claudicat.

seiner Ehe zur katholischen Religion übergetreten seyn, muß nach seinen geänderten Religionsbegriffen glauben, durch die vorgegangene Trennung sey nur eine Scheidung von Tisch und Bett bewirket worden, das Eheband aber mit seinem lebenden Ehegatten bestehe noch immer fort. Sein Gewissen kann es ihm daher nicht gestatten, so lange sein Gegentheil lebt, sich mit einer andern Person von katholischer oder akatholischer Religion ehelich zu verbinden und diese Verbindung für gültig zu halten. Kann ein Katholik mit einer getrennten akatholischen Person sich nicht gültig vermählen, weil er diese als noch gebunden an ihren Gatten betrachten muß, um wie viel weniger wird er zu einer neuen Ehe schreiten können, wenn ihm die angenommene katholische Religion es zur Pflicht machet, sogar sich selbst als noch stehend im Ehebande mit seinem vorigen Gatten zu betrachten? Die in diesem und dem vorhergehenden §. gemachten Folgerungen hat schon das Hofkanzleydecret vom 4. August 1814, wodurch die allerhöchste Entschließung vom 28. Julius desselben Jahres den untergeordneten politischen Behörden bekannt gemacht wurde, aus derselben mit folgenden hinzugesetzten Worten abgeleitet: »Es ergibt sich »übrigens aus dieser Erläuterung des Gesetzbuches von selbst, daß »sohin eine katholische Person nach den Begriffen der katholischen Re»ligion mit einer getrennten akatholischen bey Lebzeiten des geschie»denen Gegentheiles, wie auch, daß eine bey Eingehung ihrer Ehe »zur akatholischen Religion gehörig gewesene, dann aber zur katholi»schen Religion übergetretene, von ihrem akatholischen Gegentheile »geschiedene Person bey Lebzeiten des getrennten akatholischen »Gegentheiles keine gültige Ehe eingehen könne.«

2. Daraus läßt sich auch die Frage entscheiden, ob, wenn zwey nicht unirte Griechen nach §. 115 des a. b. G. B. getrennt worden sind, der eine oder der andere getrennte Theil sich mit einer unirten griechischen Person gültig wieder verehelichen könne? Nach dem canonischen Rechte wäre zu unterscheiden, ob die Trennung der nicht unirten griechischen Eheleute wegen Ehebruchs, oder aus einer andern Ursache vor sich gegangen sey. Im ersten Falle könnte die Wiederverehelichung des getrennten nicht unirten griechischen Ehegatten mit einer unirten griechischen Person gültig geschehen, weil die unirten Griechen den Can. 7 Sess. XXIV.

Digitized by Google

Conc. Trid. nur als ein kirchliches Disciplinar-Gesetz ansehen, an welches sie vermöge der bey der Union gemachten Vorbehalte nicht gebunden sind (§. 186, Nr. 6.) Der unirte Grieche könnte also nach einer wegen Ehebruchs erfolgten Trennung sich selbst wieder verehelichen, warum sollte er also nicht mit einer getrennten nicht unirten griechischen Person in eheliche Verbindung treten? Im zweyten Falle hingegen ginge die Verehelichung eines unirten Griechen mit einer getrennten nicht unirten griechischen Person nach dem canonischtn Rechte nicht an, weil der unirte Grieche als Katholik die Trennung der Ehe aus einer andern Ursache als wegen Ehebruches nicht für zulässig hält, also das Ehband des nicht unirten Griechen nach seinen Religions-Grundsätzen nicht als aufgelöset ansehen kann. Nach dem Oesterreichischen Rechte aber könnte sich ein getrennter nicht unirter griechischer Ehegatte mit einer unirten griechischen Person nicht gültig verehelichen, weil diese der katholischen Religion zugethan ist, und die Oesterreichischen Gesetze es nicht gestatten, daß eine katholische Person mit einer getrennten akatholischen Person, so lange dieser letzteren Gegentheil noch lebt, eine gültige Ehe eingehen könne.

3. Dagegen kann ein getrennter jüdischer Ehegatte, der vor oder nach der Trennung seiner im Judenthume eingegangenen Ehe zur katholischen Religion übertritt, obgleich sein Gegentheil noch lebt, allerdings auch mit einer katholischen Person gültig eine neue Ehe schließen; denn die allerhöchste Entschließung vom 28. Julius und die Hofdecrete vom 4. und 26. August 1814, sprechen nur von getrennten nicht katholischen christlichen Religionsverwandten, und vernichten die bey Lebzeiten ihres Gegentheiles vorgenommene Wiederverehelichung derselben, wenn sie zur katholischen Religion übergetreten sind. Ueber die Wiederverehelichung getrennter jüdischer Eheleute hingegen, welche zur katholischen Religion übergegangen sind, verordnen sie nichts. Es bleibt daher in Ansehung der getrennten jüdischen Convertiten bey der im §. 119 des allg. bürgerl. Gesetzbuches aufgestellten Regel, vermöge welcher den Getrennten überhaupt gestattet wird, sich wieder zu verehelichen, ohne Beschränkung auf eine Religion, von welcher der neue Ehegatte seyn soll, eine Regel, die auch in dem Hofdecrete vom 28. Junius 1806, Nr. 771 der Justizgesetzsamm-

Digitized by Google

lung, in dem zweyten Absatze deutlich ausgesprochen wird, und deren Befolgung um so unbedenklicher erscheint, da sie auch dem gemeinen canonischen Rechte[1], den päpstlichen Bullen[2] und der Lehre des Apostels Paulus I. ad Corinth. cap. 7 v. 15, nach der Auslegung der Päpste gemäß ist. Würde man das Gegentheil behaupten, so müßte man die allergrößte Ungereimtheit zugeben. Setzen wir, zwey jüdische Eheleute seyen ordentlich nach den §§. 134 und 135 des a. b. G. B. getrennet worden. Ein Theil verehelichet sich wieder mit einer andern jüdischen Person. Diese zweyte Ehe ist nach unsern Gesetzen ohne allen Zweifel gültig. Setzen wir ferner, dieser Theil trete nachher zur katholischen Religion über. Müßte er nun seine erste Ehe als noch bestehend ansehen, so hätte er de jure zwey Gatten. Kann man unserer Gesetzgebung eine solche Absurdität zumuthen? Der Schluß von einem zur katholischen Religion übergetretenen Christen einer andern Confession auf einen bekehrten Juden hält nicht Stich. Ersterer muß als nachheriger Katholik erkennen, daß er in einem Irrthume befangen war, da er seine nach christlichen Grundsätzen geschlossene Ehe vorher für auflöslich gehalten und zu trennen versucht hat; letzterer hingegen kann noch als katholischer Convertit dafür halten, daß er seine nach jüdischen Grundsätzen eingegangene Ehe als Jude gültig habe trennen können, weil Christus selbst Math. XIX. v. 8 von den Juden gesagt hat: Moyses ob duritiem cordis vestri permisit vobis dimittere uxores vestras.

§. 303.

Dritte Beschränkung der Wiederverehelichung durch den §. 120 des allg. bürgerl. Gesetzbuches.

1. Die dritte Beschränkung der Wiederverehelichung betrifft nur die Frau, nicht auch den Mann. Sie ist in dem §. 120 des bürgerl. Gesetzbuches enthalten, welcher sagt: » Wenn eine Ehe » für ungültig erklärt, getrennt, oder durch des Mannes

[1] Cap. 7 et 8 de divort. (IV. 19.) Can. 2. Caus. 28. Quaest. 2

[2] Benedicti XIV. Bulla: In suprema dd. 16. Jan. 1745. T. I. Bull. n. 117, p. 483. Apostolici dd. 16. Sept. 1747. T. II. n. 38, p. 329.

Digitized by Google

» Tod aufgelöset wird, so kann die Frau, wenn sie schwan-
» ger ist, nicht vor ihrer Entbindung und, wenn über ihre
» Schwangerschaft ein Zweifel entsteht, nicht vor Verlauf
» des sechsten Monaths, zu einer neuen Ehe schreiten. Wenn
» aber nach den Umständen oder nach dem Zeugnisse der
» Sachverständigen eine Schwangerschaft nicht wahrschein-
» lich ist, so kann nach Ablauf dreyer Monathe in der
» Hauptstadt von der Landesstelle, und auf dem Lande
» von dem Kreisamte die Dispensation ertheilet werden. «
Das Ehepatent und das bürgerliche Gesetzbuch des Kaisers Jo-
seph II., jenes im §. 56, dieses im §. 111 des dritten Hauptstü-
ckes, schrieben ganz unbestimmt vor, daß bey der Verehelichung
eines geschiedenen (nach der jetzigen Terminologie: getrennten)
Weibes allzeit die gehörige Zeit abzuwarten sey, damit wegen ei-
nes aus der vorigen Ehe etwa empfangenen Kindes kein Irrthum
oder Zweifel entstehen könne. Unter der gehörigen Zeit scheint
man, wie sogleich aus einer andern Verordnung erhellen wird,
10 Monathe nach der Ehetrennung verstanden zu haben, vermuth-
lich wegen der Analogie, weil nach §. 1 des vierten Hauptstückes
des Josephinischen bürgerl. Gesetzbuches alle Kinder für ehelich,
mithin als noch während der vorigen Ehe empfangen anzusehen
waren, welche im zehnten Monathe nach dem Tode des Vaters
geboren wurden. Dagegen ward durch ein Hofdecret vom 16. Fe-
bruar 1787, Nr. 630 der Justizgesetzsammlung » über die Frage:
» ob eine Witwe vor Verlauf des zehnten Monathes nach dem Tode
» ihres Gemahles sich wieder verehelichen könne, angeordnet, daß
» sich der §. 111 des Josephinischen bürgerl. Gesetzbuches auf die-
» sen Fall nicht ausdehnen und anwenden lasse, sondern, sobald
» der Beweis über den Tod des vorigen Ehegatten einer Frau auf
» eine im Rechte zureichende Art hergestellt ist, ihrer zweyten Ehe
» kein Hinderniß im Wege stehe. « Für den Fall aber, als eine
Ehe für ungültig erklärt worden, war in den vormahligen Gese-
tzen keine Entscheidung zu finden. Die Behörden hatten also freyen
Spielraum, eine Frau, welche nach der Ungültigerklärung ihrer
Ehe zu einer andern schreiten wollte, entweder zehn Monathe

warten zu lassen, oder ihr nach beygebrachtem Urtheile über die Ungültigkeit ihrer vorigen Ehe sogleich die Wiederverehelichung zu gestatten. Diesen Uebelstand hat erst das neue allg. bürgerl. Gesetzbuch behoben, indem es die Wiederverehelichung einer Frau im §. 120 auf ganz gleiche Art beschränkte, sie möge nach der Ungültigerklärung, nach der gerichtlichen Trennung oder nach der Auflösung ihrer Ehe durch den Tod des Mannes zu derselben schreiten wollen.

2. Der Grund der im §. 120 gemachten Beschränkung ist in der Besorgniß des Gesetzgebers zu suchen, daß, wenn die Frau im Falle der ungültig erklärten, gerichtlich getrennten oder durch des Mannes Tod aufgelösten früheren Ehe sich zu voreilig wieder verehelichen würde, leicht eine Ungewißheit entstehen könnte, ob ihr erstes, in der neuen Ehe gebornes, Kind von dem vorigen oder von dem jetzigen Manne gezeugt worden sey, wodurch schwierige Streitigkeiten über Vaterschaft, Erstgeburts-, Standes- und Erbrechte veranlaßt würden. Eine solche Ungewißheit aber ist nicht zu besorgen, wenn eine Frau sogleich nach bewirkter Todeserklärung ihres verschollenen Ehemannes zu einer andern Ehe schreitet, weil in einem solchen Falle der Mann, nach §. 24 verbunden mit den §§. 213 und 277 des bürgerl. Gesetzbuches, wenigstens schon 4, 11, oder 31 Jahre ununterbrochen, ohne irgend einer Kenntniß von seinem Daseyn und Aufenthalte, abwesend oder vermißt seyn muß, und es daher unmöglich ist, daß die Frau das erste nach ihrer Wiederverehelichung geborne Kind von ihm empfangen haben sollte. Daher kann die Beschränkung, welcher eine Frau bey ihrer Wiederverehelichung durch die Vorschrift des §. 120 unterworfen wird, keineswegs auch auf den Fall bezogen werden, wenn sie nach vorgegangener Todeserklärung ihres Mannes eine neue Ehe eingehen will. Der Gesetzgeber selbst hat dieses hinreichend dadurch angedeutet, daß er im §. 120 den Fall, wenn der Mann für todt erklärt worden ist, ganz weggelassen hat, welchen er gewiß darin auch aufgezählt haben würde, wenn er die Vorschrift des erwähnten §. auf denselben hätte ausdehnen wollen.

§. 304.

Erklärung dieser Beschränkung.

1. Was nun die im §. 120 liegende Beschränkung selbst be-

trifft, so besteht diese im Allgemeinen darin, daß die Frau einige Zeit nach Ungültigerklärung oder gerichtlicher Trennung ihrer Ehe, oder nach dem Tode des Mannes warten muß, bis sie zur Schließung einer neuen Ehe zugelassen wird; wenn sie aber vor dieser Zeit sich wieder verehelichen will, eine Dispens bey der Behörde nachsuchen muß.

2. In Ansehung der Wartzeit ist zu unterscheiden, ob über die Schwangerschaft der Frau gar kein oder ein Zweifel obwaltet. Ist kein Zweifel, daß sie schwanger sey, so muß sie ihre Entbindung abwarten. Dieses scheint sowohl ein Hauptzweck der Ehe, nähmlich die Kinderzeugung, die während der Schwangerschaft der Frau unmöglich ist, als auch die Sorge für die Leibesfrucht und der Anstand zu fordern. Ist aber ihre Schwangerschaft zweifelhaft, so hat sie ihre Wiederverehelichung durch sechs Monathe, von einem der oben angeführten Ereignisse an gerechnet, aufzuschieben. Der Zeitraum von sechs Monathen scheint deßwegen festgesetzt worden zu seyn, weil sich nach dem Laufe der Natur während desselben fast immer mit Gewißheit entscheidet, ob die Frau von ihrem vorigen Manne schwanger sey oder nicht. Zeigt sich bis zum Verlaufe von sechs Monathen keine Schwangerschaft, so kann sie nach dieser Zeit ohne alle Dispens zu einer neuen Ehe schreiten. Offenbart sich aber während des erwähnten Zeitraumes die Schwangerschaft, so darf die Frau vor ihrer Entbindung keine andere Ehe eingehen; denn das Gesetz verbiethet ihr dieses, wenn die Schwangerschaft gewiß ist, welcher Fall nun eingetreten ist. Der Zweifel über die Schwangerschaft tritt vorzüglich dann ein, wenn dieselbe nach den Verhältnissen, in denen der vorige Mann und die Frau lebten, sich als möglich darstellt, und die befragten Sachverständigen sich nicht getrauen, sie für unwahrscheinlich zu erklären.

3. Die Dispens, welche erfordert wird, wenn sich die Frau vor Verlauf von sechs Monathen wieder verehelichen will, soll nur dann ertheilet werden, wenn 1. entweder aus den Umständen, z. B. weil der Mann vor der Ungültigerklärung oder Trennung der Ehe mehrere Monathe abwesend war, oder nach dem Zeugnisse der Sachverständigen, d. i. der Geburtshelfer und Hebammen, eine Schwangerschaft nicht wahrscheinlich ist, und

Digitized by Google

wenn 2. schon ein Zeitraum von drey Monathen seit der Ungültigerklärung oder Auflösung der Ehe verstrichen ist. Diese beyden Umstände müssen daher in dem Dispensgesuche nicht nur angeführt, sondern auch durch beygelegte Zeugnisse dargethan werden. Ein früheres Dispensgesuch würde der öffentlichen Anständigkeit zuwiderlaufen. Auch bleibt es vor Ablauf dreyer Monathe gewöhnlich sehr ungewiß und kann selbst durch die Kunstverständigen oft nicht mit Zuverlässigkeit bestimmet werden, ob eine Frau schwanger sey oder nicht.

4. Von dem Falle, wenn die Frau von dem vorigen Manne wegen dessen längerer Abwesenheit oder Krankheit entschieden nicht schwanger ist, macht der §. 120 keine Meldung. Da in einem solchen Falle die Voraussetzung, worauf das Verboth, sich vor Verlauf des sechsten Monathes ohne Dispens zu verehelichen, beruht, nähmlich ein Zweifel über die Schwangerschaft der Frau nicht vorhanden ist, und auch der gesetzliche Grund, nähmlich die zu besorgende Ungewißheit über die Vaterschaft des in der neuen Ehe zu gebärenden ersten Kindes wegfällt, so könnte es scheinen, daß in dem gesetzten Falle die Wiederverehelichung vor Verstreichung der sechs Monathe auch ohne alle Dispens erlaubt sey. Die Schwangerschaft als ein Factum wird nicht vermuthet, nicht einmahl aus der Cohabitation. Das Gesetz bedingt aber die Nothwendigkeit des Ansuchens der Dispens durch einen über die Schwangerschaft der Frau entstehenden Zweifel. Es muß also dieser Zweifel von irgend einer Seite wirklich erhoben worden seyn, damit die Nothwendigkeit der Dispens eintrete. Wenn nun eine Frau in dem verläßlichen und richtigen Bewußtseyn der Nichtschwangerschaft steht, und kein Mensch dagegen Bedenken hat, so wäre nicht abzusehen, warum sie zu ihrer Wiederverehelichung vor sechs Monathen einer Dispens bedürfen sollte, um die widrigen Folgen des §. 121 zu vermeiden. Die Sanction dieses §. ist ein Strafgesetz, das auf Fälle, von welchen das Gesetz schweigt, nicht ausgedehnt werden darf. Allein für die entgegengesetzte Meinung, nähmlich, daß eine solche Frau ohne Dispensation vor Verlauf von sechs Monathen sich nicht wieder verehelichen könne, streiten doch entscheidendere Gründe. Denn wenn das Gesetz in dem Falle, wo gar keine Gründe für die Schwangerschaft der Frau vorhanden sind,

Digitized by Google

zu ihrer Wiederverehelichung vor verflossener Wartzeit nicht bloß eine Dispens fordert, sondern nicht einmahl erlaubt, dieselbe vor Ablauf dreyer Monathe nach Aufhebung der vorigen Ehe zu ertheilen, so scheint es in dem Falle, wo die Wahrscheinlichkeit der Nichtschwangerschaft noch um einen Grad steigt und zur Gewißheit wird, wenigstens nicht zu gestatten, daß die Schließung der neuen Ehe vor Verlauf der anbefohlenen Wartzeit von sechs Monathen ohne alle Dispens vor sich gehe. Wollte man das Gesetz nicht so streng auslegen, so dürfte es bald seine Wirksamkeit größten Theils verlieren, und so nicht selten der Fall eintreten, daß über die Vaterschaft des in der neuen Ehe gebornen Kindes Zweifel entstehen, wenn es zu einer solchen Zeit auf die Welt kommt, daß es nach der von dem Gesetze aufgestellten Vermuthung sowohl von dem neuen als von dem vorigen Manne gezeugt seyn kann. Zudem könnte ja die Frau von einem Dritten geschwängert worden seyn; wäre ihr also erlaubt, im Bewußtseyn, daß sie von ihrem Manne nicht schwanger seyn könne, nach Aufhebung der Ehe vor sechs Monathen ohne Dispens zu einer neuen Ehe zu schreiten, so könnte es sich leicht fügen, daß dieses uneheliche Kind als ein Kind des vorigen Mannes angesehen werden müßte. Gegen diesen letzten Grund ließe sich freylich noch einwenden, daß das Gesetz hier nicht die von einem Dritten, sondern nur die von dem vorigen Manne herrührende Schwangerschaft berücksichtige, indem dafür nicht nur der oben angeführte Grund der im §. 120 enthaltenen Vorschrift, sondern auch die Endworte des nachfolgenden §. 121: »und es ist »wenigstens zweifelhaft, ob es (das Kind) nicht von dem »vorigen Manne gezeugt worden sey,« sprechen. Aber einmahl redet doch der §. 120 von der oder von einer Schwangerschaft der Frau überhaupt, ohne zu unterscheiden, ob dieselbe von dem vorigen Manne oder von einem Dritten herrühre, und dann geht die Absicht des Gesetzgebers gewiß auch dahin, allen Streit über die Vaterschaft des Kindes, diese mag wem immer zuzuschreiben seyn, nach Möglichkeit hintanzuhalten. Endlich wenn es auch ausgemacht wäre, daß im §. 120 nur von der Schwangerschaft, die von dem vorigen Manne herrührt, die Rede sey, und dieselbe aus irgend einer Ursache nicht wohl möglich wäre, so müßte man sich doch an die Vorschrift des gedachten §. halten; theils weil die zu

Digitized by Google

besorgende Ungewißheit der Vaterschaft nicht der einzige Grund derselben ist; theils weil, wenn sie es auch wäre, die Regel nicht gilt: cessante ratione legis cessat etiam legis dispositio [1].

5. Ob zur Wiederverehelichung einer Frau, die wirklich schwanger ist, vor ihrer Entbindung eine Dispens Statt finde, bestimmt das Gesetz ebenfalls nicht ausdrücklich. Aus dem Zusammenhange der Vorschriften des §. 120 scheint eine verneinende Antwort auf diese Frage hervorgehen zu sollen, weil nur für den Fall, wo über die Schwangerschaft ein Zweifel entsteht, aber dieselbe nicht wahrscheinlich ist, von einer Dispens gesprochen; für den Fall hingegen, wo die Frau schwanger ist, unbedingt verordnet wird, daß sie vor ihrer Entbindung nicht zu einer neuen Ehe schreiten kann. Es ist zwar einem Manne nicht verwehrt, eine von einem Dritten schwangere Weibsperson vor ihrer Entbindung de facto, auch ohne Dispens, zu heirathen, wenn er dadurch sein Glück zu machen glaubt, obschon eine solche Schwangerschaft, wenn er davon keine Kenntniß hat, sogar für ein Ehehinderniß erklärt ist; allein daraus läßt sich nicht folgern, daß eine öffentliche Behörde, der die Handhabung guter Sitten und die Beschützung der Ungebornen vor Gefahren obliegt, mittelst Dispens eine Wiederverehelichung erlauben dürfe, welche gegen die öffentliche Ehrbarkeit anstößt, und die Leibesfrucht in Gefahr bringen kann.

6. Noch wird die Frage aufgeworfen, ob eine Frau, die lange Zeit von Tisch und Bett geschieden lebte, wenn sie sich nach Ungültigerklärung oder Auflösung ihrer Ehe vor sechs Monathen wieder verehelichen will, einer Dispens bedürfe? Allerdings, falls sich ein Zweifel über ihre Schwangerschaft äußert. Die Worte des Gesetzes lauten allgemein und schließen auch diesen Fall in sich. Auch der Grund des Gesetzes streitet dafür. Denn wenn die geschiedene Frau nicht nöthig hätte, die sechs Monathe abzuwarten oder wenigstens Dispens zu suchen, so könnte der vorige Mann, obgleich für seine Vaterschaft vielleicht keine Vermuthung streitet,

[1] Winiwarter: das Oesterr. bürgerl. Recht I. B. §. 145, S. 311. Auch A. N. Nippel, Erläuterung 2. B. §. 120, Nr. 4. S. 310 und 311, scheint dieser Meinung zu seyn, aber aus dem mir nicht recht klar gewordenen Grunde, weil der Fall nicht eintreten kann, daß die Nichtschwangerschaft gewiß sey.

Digitized by Google

oder dessen Erben in sehr verdrießliche Streitigkeiten mit dem neuen Manne der Frau und dem Curator des ersten, von ihr nach der Wiederverehelichung gebornen, Kindes verwickelt werden.

7. Die Behörde, bey welcher die Dispens zu einer früheren Wiederverehelichung der Frau, als der Inhalt des §. 120 erlaubt, angesucht werden muß, ist auf dem Lande das Kreisamt, unter welchem die Frau vermöge ihres Wohnortes steht; in der Hauptstadt aber die Landesstelle, wenn sich eine darin befindet; sonst auch das Kreisamt, wie z. B. in Klagenfurt. Doch kann auch von einer auf dem Lande wohnenden Frau die Dispens bey der Landesstelle angesucht werden, weil sich die Amtswirksamkeit der Landesstelle auf die ganze Provinz erstreckt und den Kreisämtern nur zur Erleichterung der Parteyen die Dispensen-Ertheilung eingeräumt worden ist, wie dieses schon anderswo[1] bey ähnlichen, in den §§. 79 und 85 des bürgerl. Gesetzbuches vorkommenden, Stellen bemerkt wurde. Die Ertheilung einer Dispens gehört überhaupt zu den politischen Amtsgeschäften; deßwegen wurde auch die, von welcher hier die Rede ist, an die Landesstelle und das Kreisamt als politische Behörden gewiesen. Der Recurs geht von dem Kreisamte an die Landesstelle, von dieser an die vereinte Hofkanzley.

§. 305.

Folgen der Uebertretung der dritten Beschränkung.

Die Außerachtlassung der im vorhergehenden §. erklärten dritten Beschränkung der Wiederverehelichung ist zwar kein Ehehinderniß, aber doch von verschiedenen widrigen Folgen begleitet, deren eine beyde Ehegatten, welche die neue Ehe geschlossen haben, sich zuziehen können, die anderen aber entweder nur den Mann oder nur die Frau treffen, wie der §. 121 des bürgerl. Gesetzbuches in folgenden Worten lehrt: »Die Uebertretung dieses Gesetzes (§. 120) zieht zwar nicht die Ungültigkeit der Ehe nach sich: allein die Frau verliert die ihr von dem vorigen Manne durch Ehe-Pacten, Erbvertrag, letzten Willen,

[1] Handbuch des Eherechtes I. B. S. 359, II. B. S. 143 und 144.

» oder durch das Uebereinkommen bey der Trennung zuge-
» wendeten Vortheile; der Mann aber, mit dem sie die
» zweyte Ehe schließt, verliert das ihm außer diesem Falle
» durch den §. 58 zukommende Recht, die Ehe für ungültig
» erklären zu lassen, und beyde Ehegatten sind mit einer
» den Umständen angemessenen Strafe zu belegen.« Die Nicht-beachtung der die Wiederverehelichung beschränkenden Vorschriften des §. 120 wollte der Gesetzgeber zu keinem Ehehindernisse machen, weil er guten Grund hatte, zu hoffen, daß die damit verbundenen nachtheiligen Folgen von Bedeutung, die schwere Verantwortlichkeit der Seelsorger wegen vorgenommenen gesetzwidrigen Trauungen, die Besorgniß, gegen die übliche Anständigkeit zu verstoßen und Aufsehen zu erregen, endlich, das leichte an die Hand gegebene Mittel, in einem dringenden Falle sich durch Dispens zu helfen, der Abschließung solcher neuen Ehen, die eine Ungewißheit der Vaterschaft herbeyführen könnten, hinlänglich vorbeugen werden. Wozu wäre also die Erschaffung eines ganz neuen Ehehindernisses, wo ein bloßes Eheverboth zum Zwecke genügt?

§. 306.

a) Gemeinschaftliche.

1. Die nachtheilige Folge, welche wegen einer vorschriftwidrigen Wiederverehelichung beyde Ehegatten, es versteht sich, wenn beyde schuldig befunden werden, treffen kann, ist eine den Umständen angemessene Strafe. Die Verhängung der Strafe ist durch das Gesetz keiner Behörde ausdrücklich zugewiesen. Herr Regierungsrath Winiwarter[1] glaubt daher, das Recht dazu falle dem Civilrichter anheim. Der Regel nach stehe demselben zwar kein Strafrecht zu, aber diese Regel habe mehrere Ausnahmen, z. B. im §. 1013 des b. G. B., im §. 409 der Josephinischen Gerichtsordnung, im Hofdecrete vom 27. May 1784 ꝛc. Gedachte Strafe habe bloß die Sicherheit der Privat-Rechte zum Zwecke, es sey also nicht wohl abzusehen, warum der Civilrichter nicht darauf er-

[1] Das Oesterr. bürgerl. Recht I. B. §. 145 S. 347.

Digitized by Google

kennen sollte, da ihm unstreitig das Erkenntniß zusteht, ob die Vorschrift des §. 120 übertreten worden sey oder nicht. Wenn andere im b. G. B. angedrohte Strafen von politischen Behörden zu verhängen sind, so folge dieses daraus, daß die dadurch sanctionirten Anordnungen zunächst nicht das Privatrecht, sondern das öffentliche Wohl betreffen, folglich ihrer Natur nach politische Gesetze sind, deren Aufrechthaltung den politischen und nicht den Justiz-Behörden obliegt. — Wahrscheinlichkeit erzeugen diese Gründe allerdings; aber entscheidend sind sie nicht. Wenn es Regel ist, daß den Civil-Justiz-Behörden kein Strafrecht zukomme, so muß man sich meines Erachtens im Zweifel an die Regel halten, nicht aber eine Ausnahme geltend machen, für welche das Gesetz nicht deutlich spricht. Obgleich der Civilrichter, im Falle, als Privatrechte aus der Uebertretung der im §. 120 enthaltenen Vorschrift angesprochen werden, darüber zu erkennen hat, ob die Uebertretung wirklich Statt gefunden habe oder nicht, so fließt doch daraus noch nicht die Folge, daß er dem Uebertreter die angedrohte Strafe zuerkennen kann; denn diese hat nicht bloß die Sicherheit der Privatrechte, sondern auch die Ahndung der beleidigten öffentlichen Anständigkeit, des in der Gemeinde gegebenen Aergernisses, und der vernachlässigten vorschriftmäßigen Dispens, also auch öffentliche Rücksichten zum Zwecke. Damit die Vorschrift des §. 120 gehörig sanctionirt erscheine, muß die angedrohte Strafe den Uebertreter immer, also auch dann treffen, wenn die übrigen, im §. 121 angeführten, Folgen entweder gar nicht oder wenigstens nicht in dem Maße eintreten, daß dadurch die Hintansetzung der gesetzlichen Anordnung verhindert würde. Jenes aber würde nicht der Fall seyn, wenn der Civilrichter auf die Strafe zu erkennen hätte, weil er eine Untersuchung der Uebertretung des §. 120 nicht von Amtswegen, sondern nur dann vornehmen könnte, wenn er dazu von einer betheiligten Partey durch eine Klage auf andere, im §. 121 angedeutete, rechtliche Folgen der Uebertretung der Vorschrift des §. 120 veranlaßt würde. Die in den §§. 74 und 78 des b. G. B. mit einer angemessenen oder schweren Strafe bedrohten Uebertretungen haben die größte Analogie mit der im §. 121 verpönten. Wie jene sehr nahe an Ehehindernisse gränzen, aber doch keine sind, so auch diese. Wie jene solche Anordnungen zum Gegenstande

Digitized by Google

haben, welche zwar zunächst die Sicherheit der Privatrechte zum Zwecke haben, weil dadurch die Schließung ungültiger Ehen und die daraus hervorgehende Kränkung des einen oder des anderen Ehegatten in seinen Rechten verhüthet werden soll, aber zugleich auch das öffentliche Wohl betreffen, so ist es auch bey dieser, wie oben gezeigt worden. Wie bey den ersteren die Art der Strafe und die Behörde, von welcher dieselbe zu verhängen ist, durch das Gesetz unbestimmt gelassen ist, so auch bey der letzteren. Da es nun bey jenem nicht wohl einem Zweifel unterliegen kann, daß nicht den Civilgerichten, sondern den politischen Behörden die Untersuchung und Bestrafung derselben zusteht, so scheint es die Analogie zu fordern, daß man das Nähmliche auch bey der Uebertretung der Vorschrift des §. 120 annehme. Wenn diese zuerst bey der politischen Obrigkeit angezeigt würde, so müßte sie ohne Zweifel zur Untersuchung und Bestrafung derselben schreiten. Es ist daher nicht abzusehen, warum der Civilrichter, wenn er aus einer anderen Veranlassung zur Kenntniß davon kommt, unter Mittheilung der Acten die Verhängung der Strafe nicht der politischen Obrigkeit überlassen sollte. Nach §. 1339 des b. G. B. werden ja auch andere Uebertretungen des Gesetzes, die Aehnlichkeit mit Verbrechen oder schweren Polizey-Uebertretungen haben, aber doch zu keiner dieser Classen gehören, als Vergehungen von der politischen Obrigkeit untersucht und bestraft. Es ist daher die Meinung derjenigen wahrscheinlicher, welche behaupten, daß auch die Uebertretung der Vorschrift des §. 120, da sie im Gesetze weder als Verbrechen, noch als schwere Polizey-Uebertretung bezeichnet wird, als eine leichtere Vergehung zur Untersuchung und Bestrafung der politischen Obrigkeit gehört.

2. Der §. 121 bestimmt die Art der auf die fragliche Uebertretung zu verhängenden Strafe nicht. Diese ist also arbitrarisch. Nach dem Stande und dem Vermögen der Eheleute kann sie eine Geld- oder Arreststrafe seyn. Die Arreststrafe kann jedoch, wie A. R. Nippel[2] bemerkt, nicht über drey Monathe dauern, weil vermöge Hofdecretes vom 30. September 1806 bey Uebertretun-

[2] Erläut. II. B. §. 121. Nr. 4. S. 147.

Digitized by Google

gen, denen jene gefährliche Eigenschaften fehlen, um nach dem zweyten Theile des Strafgesetzbuches behandelt zu werden, die darauf zu verhängende Strafe als die größte anzunehmen ist, welche die geringste wäre, wenn diese Handlung in der Eigenschaft einer schweren Polizey-Uebertretung zu bestrafen seyn würde, und weil die schwere Polizey-Uebertretung, welche mit der in unserer Frage stehenden Uebertretung die größte Analogie hat, nähmlich, wenn sich Jemand mit Verschweigung eines ihm bekannten gesetzlichen Ehehindernisses trauen läßt, nach §. 252 II. Thl. des Strafgesetzbuches mit strengem Arreste von drey bis zu sechs Monathen bestraft wird. Auf was für Umstände bey Ausmessung dieser Strafe sonst noch Rücksicht zu nehmen sey, gibt die besondere Beschaffenheit jedes einzelnen Falles die beste Weisung. Ohne Zweifel muß auf den Umstand, ob aus der zu voreiligen Schließung der neuen Ehe wirklich eine Ungewißheit über die Vaterschaft des in derselben gebornen ersten Kindes, oder sonst eine nachtheilige Folge für dasselbe entsprungen sey oder nicht, vorzüglicher Bedacht genommen werden. Aber auch auf die allfällige Schwangerschaft der wiederverehelichten Frau, in so weit es sich um schweren Arrest handelt, ist gewiß zu sehen, weil unsere Strafgesetze überhaupt bey Bestimmung der Strafe diesen Zustand einer Weibsperson zu berücksichtigen befehlen. Die Frau kann der Strafe in keinem Falle entgehen, weil bey ihr eine Unwissenheit der That nie eintreten, die Unwissenheit des Rechtes aber ihr nicht zur Entschuldigung gereichen kann. Bey dem neuen Manne hingegen ist verzeihliche ignorantia facti, mithin Schuldlosigkeit denkbar, also auch Strafloſigkeit möglich.

§. 307.

b) Für den neuen Ehemann.

Für den neuen Ehemann entsteht aus der Mitschuld an der Uebertretung des im §. 120 enthaltenen Verbothes die widrige Folge, daß er, wenn er nach der Verehelichung seine Frau vom vorigen Manne schwanger findet, das Recht einbüßt, die Gültigkeit der Ehe zu bestreiten, ein Recht, welches ihm sonst nach §. 58 des bürgerl. Gesetzbuches in einem solchen Falle zustehen würde. Er muß es sich selbst zuschreiben, daß er durch seine gesetzwidrige

Voreiligkeit in Abschließung der Ehe, gegen sein Wissen und Wollen eine von einem Andern schwangere Frau bekommt. Eine zurechenbare Handlung wider das Gesetz verdient keine Begünstigung. Daraus folgt aber auch, daß dem neuen Ehemanne keineswegs das Recht benommen ist, die Ungültigerklärung der Ehe wegen nachher entdeckter Schwangerschaft seiner Frau zu fordern, wenn ihm selbst bey der gesetzwidrigen Wiederverehelichung seiner Frau entweder kein Verschulden zur Last fällt, oder wenn dabey keine Uebertretung der Vorschrift des §. 120 untergelaufen ist. Er wird also aus dem erwähnten Grunde die Gültigkeit seiner Ehe anfechten können: 1. wenn ihm die Frau verheimlichet hat, daß sie schon vorher vermählt war, er also nicht wußte, daß er eine verwittibte, getrennte, oder eine solche, deren vorige Ehe für ungültig erklärt worden, gegen das Verboth des §. 120 zu voreilig geheirathet habe; 2. wenn er zwar die Ungültigerklärung oder Auflösung der vorigen Ehe seiner Braut wußte, aber diese erst nach ihrer Entbindung ehelichte, und sie doch schon wieder von einem Andern geschwängert findet; 3. wenn er sich mit einer Frau, die durch den Tod ihres Mannes, durch gerichtliche Trennung oder Ungültigerklärung ihrer Ehe in Freyheit gesetzt und ihm als solche bekannt war, ohne zu wissen, daß sie von ihrem vorigen Manne noch schwanger sey, erst nach sechs Monathen, oder 4. zwar vor sechs Monathen, jedoch mit Dispens, verehelichte; 5. wenn er sich mit einer Weibsperson vermählte, deren Mann feyerlich für todt erklärt wurde, und die ohne sein Wissen sich im Zustande der Schwangerschaft befand.

§. 308.

c) Für die Frau.

1. Am empfindlichsten sind die Folgen einer gesetzwidrig zu voreiligen Wiederverehelichung für die Frau selbst. Dieselben treffen sie immer, weil sie gegen die Uebertretung des Gesetzes keine rechtliche Entschuldigung hat. Da aber die Erörterung derselben nicht in das Personen-, sondern in das Sachenrecht gehört, so wird es genügen, sie hier nur kurz anzudeuten.

2. Wenn eine Ehe für ungültig erklärt worden ist, so kann die gegen das Gesetz zu frühe sich wieder verehelichende Frau we-

Digitized by Google

gen Uebertretung des Gesetzes von den ihr vom vorigen Manne durch Ehe-Pacten oder Erbvertrag zugewendeten Vortheilen im Grunde nichts verlieren, weil sie alle diese Vortheile schon vorher durch die Ungültigerklärung der Ehe verloren oder vielmehr nie gehabt hat. Denn mit der Ungültigerklärung der Ehe zerfallen nach §. 1265 auch die Ehe-Pacte, d. i. auch die Ehe-Pacte werden als schon ursprünglich ungültig wie die Ehe selbst erklärt, und das Vermögen kommt in den vorigen Stand zurück. Diejenigen Vortheile, die ein Mann in einem während seiner Scheinehe gemachten letzten Willen seiner Frau zuwendet, gehen, wenn der Mann nach Ungültigerklärung der Ehe stirbt, für die Frau wegen ihrer voreiligen Wiederverehelichung verloren; denn die Ungültigerklärung der Ehe benimmt ihr dieselben nicht, weil der §. 1265 der Aufhebung des letzten Willens als einer Folge der Ungültigerklärung einer Ehe nicht erwähnt. Noch weniger läßt sich wegen der deutlichen Worte des Gesetzes bezweifeln, daß die Frau solche Vortheile, die ihr der vorige Mann bey der Ungültigerklärung der Ehe durch Uebereinkommen, wie es bisweilen geschieht, zuwendet, durch eine zu voreilige Wiederverehelichung verliere.

3. Ist die Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöset worden, und die Frau verehelichet sich gegen die Vorschrift des §. 120 zu frühe, so verliert sie wegen dieser Uebertretung des Gesetzes 1. die Widerlage, die ihr der vorige Mann (nicht aber auch die ihr ein Dritter) zur Vermehrung des Heirathsgutes ausgesetzt hat, und deren freyes Eigenthum ihr sonst, da sie den Mann überlebt hat, gebührt hätte (§. 1230 des b. G. B.); 2. die Morgengabe, oder das Geschenk, welches ihr der vorige Mann am ersten Morgen zu geben versprochen und bis zu seinem Tode nicht überreicht hat (§. 1232); 3. das, was ihr vermöge einer errichteten Gütergemeinschaft von dem Vermögen des Mannes nach dessen Tode zugefallen ist (§. 1234); 4. den Witwengehalt, in so weit er den der Gattinn nach dem Tode des Mannes vermöge §. 796 gebührenden Unterhalt übersteigt, weil sie einen Anspruch auf diesen Mehrbetrag nur durch die Zuwendung des Mannes in den Ehe-Pacten, in einem Erbvertrage oder letzten Willen erhalten haben konnte. Doch kann dieser Verlust eigentlich nur dann als eine

Digitized by Google

Folge der übertretenen Vorschrift des §. 120 betrachtet werden, wenn der Mehrbetrag der Gattinn auch für den Wiederverehelichungsfall zugesichert worden wäre, weil er sonst ohnehin, wenn sie sich auch zur gehörigen Zeit wieder verehelichet, verloren geht, (§. 1244); 5. den Nachlaß oder einen Theil desselben, der ihr von dem vorigen Manne durch Erbvertrag versprochen worden (§. 1249). Deßgleichen 6. die ihr von dem vorigen Manne auf den Fall des Ueberlebens ertheilte Fruchtnießung seines freyvererblichen Vermögens (§. 1255). Denn auch diese Vermögensrechte sind Vortheile, welche ihr der vorige Mann durch Ehe-Pacte und Erbvertrag zugewendet hat. Endlich verliert die Frau durch ihre zu voreilige Wiederverehelichung 7. die Erbschaft, den Erbantheil, das Vermächtniß und eine Schenkung auf den Todesfall, welche ihr von dem vorigen Manne in einem Testamente oder Codicille zugedacht worden sind.

4. Wird die Ehe durch richterliches Urtheil aus einem gesetzlichen Grunde getrennt, und die getrennte Frau schließt gegen das Gesetz zu voreilig eine neue Ehe, so ist zu unterscheiden, ob die Ehe auf Verlangen beyder Ehegatten ihrer unüberwindlichen Abneigung wegen verwilliget, oder ob auf die Trennung der Ehe aus einem anderen Grunde des §. 115 durch Urtheil erkannt worden ist. Im ersten Falle hat die Frau von dem vorigen Manne keine, ihr in den Ehe-Pacten zugewendeten, Vortheile anzusprechen, weil erstere nach §. 1266 für beyde Theile durch die gerichtliche Trennung erlöschen, folglich kann von einem Verluste solcher Vortheile wegen ihrer voreiligen Wiederverehelichung gar keine Rede seyn. Nur dann, wenn ihr der vorige Mann bey der Trennung durch Uebereinkommen oder Vergleich, den der Richter bey Streitigkeiten jederzeit nach §. 117 zu vermitteln suchen muß, einige Vortheile zugewendet hat, würde sie dieselben wegen voreiliger Wiederverehelichung einbüßen. Ganz dasselbe ist auch im zweyten Falle Rechtens, wenn die Frau an der Trennung Schuld trägt, weil sie dann vermöge §. 1266 aus den Ehe-Pacten vom vorigen Manne ebenfalls nichts zu fordern hat. Trägt hingegen im zweyten Falle die getrennte Frau an der Trennung keine Schuld, so verliert sie wegen unzeitiger Eingehung einer neuen Ehe allerdings die Widerlage, die noch rückständige Morgengabe,

Digitized by Google

den Witwengehalt, das, was ihr bey der Theilung des Vermögens, worüber eine durch die Trennung aufgehobene Gütergemeinschaft bestanden hat, aus dem Vermögen des Mannes zufällt, ferner den ihr vom vorigen Manne durch Erbvertrag versprochenen Nachlaß, und die ihr von ihm auf den Fall des Ueberlebens zugesagte Nutznießung seines Vermögens, weil dieß solche ihr von dem vorigen Manne durch Ehe-Pacte zugewendete Vortheile sind, auf welche sie zu Folge §. 1266 entweder sogleich nach der gerichtlich erkannten Trennung, oder wenigstens nach dem Tode des Mannes Anspruch machen kann. Was endlich die der Frau in einem letzten Willen des Mannes zugewendeten Vortheile betrifft, so gilt von denselben in Ansehung des Verlustes wegen einer voreiligen Wiederverehelichung der getrennten Frau eben das, was oben bey Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes gesagt worden.

5. In allen bisher behandelten Fällen, wo die Frau wegen voreiliger Wiederverehelichung einen Verlust leiden soll, entsteht noch die Frage, ob sie das, was ihr in den Ehe-Pacten, in dem Erbvertrage, oder durch das Uebereinkommen bey der Trennung von dem Manne versprochen oder in einem letzten Willen zugedacht worden, bloß nicht fordern könne, oder ob sie auch das aus diesen Titeln bereits Empfangene oder in Besitz Genommene zurückgeben müsse. Der Zweifelsgrund liegt in der Zweydeutigkeit des Wortes: zugewendete Vortheile, welches im bürgerlichen Gesetzbuche bald ein etwas Versprochenes oder Zugedachtes, wie z. B. in den §§. 709 und 774, bald etwas schon Uebergebenes, Empfangenes, in Besitz Genommenes, wie z. B. in den §§. 682 und 791 bezeichnet; bald sowohl von dem Einen als auch von dem Andern, wie z. B. in den §§. 149 und 1019 verstanden werden kann. Schon wegen dieser letztern Bedeutung, da der Annahme derselben in unserem Falle ordentlicher Weise nichts entgegen steht, wird es wahrscheinlich, daß in der Regel die sich zu voreilig wiederverehelichende Frau nach dem Sinne des Gesetzes auch zur Zurückstellung des bereits Empfangenen verbunden sey. Dazu kommt noch, daß bey der entgegen gesetzten Behauptung die im §. 121 ausgesprochene Sanction der Vorschrift des §. 120 leicht vereitelt werden könnte. Die Frau dürfte nur das ihr von dem vorigen Manne

Digitized by Google

Versprochene oder Zugedachte so geschwind als möglich in ihre Hände zu bekommen suchen; dann könnte sie ohne Furcht eines Verlustes der Vortheile, in deren Besitz sie sich bereits gesetzt hat, die Anordnung des §. 120 übertreten. Nur bey dem Witwengehalte scheint ein Zweifel Statt zu finden. Der Witwengehalt wird nach §. 1242 einer Gattinn auf den Fall des Witwenstandes zum Unterhalte bestimmt, und soll ihr immer auf drey Monathe vorhinein entrichtet werden; den in dem gesetzlichen Maße voraus bezahlten Unterhalt aber ist nach der Analogie des §. 1418 Niemand schuldig zurückzugeben, obgleich der Grund des Anspruches auf den weitern Bezug desselben wegfällt. Gesetzt also die Frau hätte den ihr von dem verstorbenen Manne zugesicherten Witwengehalt gleich nach seinem Tode auf drey Monathe vorhinein empfangen, und nach zwey Monathen schreitet sie gegen die Vorschrift des §. 120 zu einer neuen Ehe, so scheint es problematisch zu seyn, ob sie nicht wenigstens den auf einen Monath ausfallenden Betrag des voraus empfangenen Witwengehaltes zurückzugeben verbunden sey. Die bejahende Antwort dürfte die richtigere seyn; denn die Anordnung des §. 1418, welche für den Fall des Todes, also einer unwillkürlichen Veränderung, gemacht worden ist, läßt sich wohl nicht auf den Fall ausdehnen, wo die Empfängerinn des Unterhaltes durch ihren eigenen, sogar gesetzwidrigen, Willen aufgehört hat, auf denselben einen Anspruch zu haben. Sie muß nach der Wiederverehelichung von ihrem neuen Manne unterhalten werden; den Genuß eines doppelten Unterhalts wollte ihr der Gesetzgeber schwerlich zugestehen [1].

6. Da es keinem Zweifel unterliegt, daß eine sich wider die Vorschrift des §. 120 wieder verehelichende Frau die ihr von dem vorigen Manne versprochenen oder zugedachten und von ihr verwirkten Vortheile, wenn sie in deren Besitz noch nicht gekommen ist, keineswegs fordern könne, so kann sie, wenn sie dieselben dennoch fordert, von dem vorigen Manne oder dessen Erben mit einer Einrede abgewiesen werden. Wenn sie aber von der Frau bereits in Besitz genommen worden sind, so wird auf Zurückstellung derselben dem vorigen Manne einer solchen Frau oder dessen

[1] Winiwarter I. B. §. 143. S. 314.

Digitized by Google

Erben eine Klage zustehen. Diese Zurückforderungsklage kann auch gegen die Erben der Frau gerichtet werden. Denn die Verbindlichkeiten, die der Erblasser aus seinem Vermögen zu leisten hat, übernimmt vermöge §. 548 des b. G. B. sein Erbe, mit alleiniger Ausnahme der von dem Gesetze verhängten Geldstrafen, wozu der Verstorbene noch nicht verurtheilet war; auf diese aber kommt es in unserem Falle ohnehin nicht an. Das Recht, die von der gesetzwidrig wiederverehelichten Frau verwirkten Vortheile zurück zu fordern, erlischt in der Regel durch die Verjährung in 30 Jahren (§. 1478 und 1479 des b. G. B.). Eine Ausnahme und eine dreyjährige Verjährung dieses Rechtes müßte nach §. 1487 angenommen werden, wenn die Frau von ihrem vorigen Manne zum Erben eingesetzt worden wäre, wenn es sich bey der Zurückforderung der von ihr wirklich in Besitz genommenen Erbschaft um die Umstoßung der Erklärung des letzten Willens ihres vorigen Mannes handelte, und wenn gedachte Umstoßung jede Bestreitung der Gültigkeit oder der Wirksamkeit eines letzten Willens bedeutete. Allein da das bürgerl. Gesetzbuch sich über letzteres nirgends deutlich erklärt, es also ungewiß ist, ob dasselbe einen Unterschied zwischen Aufhebung und Umstoßung des letzten Willens anerkenne, und da überdieß auch in Abrede gestellt wird, daß hier von einer Umstoßung oder Aufhebung des letzten Willens die Frage seyn könne [1], so will ich die angedeutete Ausnahme dahin gestellt seyn lassen.

7. Die Verwirkung der von dem Manne seiner Frau zugewendeten Vortheile durch eine im Sinne des §. 120 gesetzwidrige Wiederverehelichung der letzteren tritt ein, wenn gleich die neue Ehe wegen eines obwaltenden Hindernisses ungültig wäre, weil es auch in diesem Falle wahr ist, daß die Vorschrift des §. 120 übertreten worden sey, und zwar noch auf eine sträflichere Art, wenn nähmlich die Frau Kenntniß von dem ihrer neuen Ehe im Wege stehenden Hindernisse hatte.

---

[1] Siehe Winiwarter am a. O. S. 315.

Digitized by Google

§. 309.

Bestellung eines Curators für ein Kind, über welches ein Zweifel entsteht, ob es von dem vorigen oder dem jetzigen Manne einer Frau nach ihrer Wiederverehelichung gezeugt worden sey.

1. Das a. b. G. B. hat zwar durch die in den §§. 120 und 121 enthaltenen Vorschriften große Sorge getragen, daß sich nicht so leicht der Fall ergebe, in welchem ein Zweifel entstehen könnte, ob das erste, von einer Frau nach ihrer Wiederverehelichung geborne, Kind von ihrem vorigen, oder von ihrem neuen Ehemanne gezeugt worden sey; nichts destoweniger kann theils wegen Uebertretung der Vorschrift des §. 120, theils wegen zu leicht ertheilter Dispens von dieser Vorschrift, theils wegen eines außerordentlichen Natur-Ereignisses manchmahl der erwähnte Fall eines Zweifels eintreten. Es mag sich aber dieses aus was immer für einer der angeführten Ursachen ereignen, so scheint jederzeit die in dem letzten Satze des §. 121 ausgesprochene Regel: »Wird in einer solchen Ehe ein Kind geboren, und es ist »wenigstens zweifelhaft, ob es nicht von dem vorigen Manne »gezeugt worden sey, so ist demselben ein Curator zur Ver»tretung seiner Rechte zu bestellen«, in Anwendung gebracht werden zu müssen. Denn obgleich die Worte: »in einer solchen Ehe« bloß auf den Fall, wovon in dem §. 121 die Rede ist, nähmlich auf den Fall, daß bey Schließung der neuen Ehe die Vorschrift des §. 120 übertreten wurde, deuten, so geschieht dieses wahrscheinlich doch nur aus dem Grunde, weil dieser Fall der gewöhnliche ist, in welchem eine Ungewißheit über den Erzeuger des in der neuen Ehe gebornen Kindes herbeygeführt wird; aber die Absicht des Gesetzgebers scheint sich auch auf die andern zwey Fälle, nähmlich einer ohne gehörige Umsicht ertheilten Dispens und eines außerordentlichen Ereignisses, zu erstrecken, weil auch in diesen beyden Fällen die Entstehung eines Zweifels, wer Vater des ersten, in der neuen Ehe der Frau gebornen, Kindes sey, sich denken läßt. Da nun Personen, welche wegen Mangels an Jahren ihre Angelegenheiten selbst gehörig zu besorgen unfähig sind, worunter neugeborne Kinder vorzüglich gehören, nach §. 21 des b. G. B. unter dem besonderen Schutze der Gesetze stehen, wel-

cher ihnen nach §. 187 durch einen Vormund oder Curator gewähret wird, so folgt offenbar, daß dem in der Frage stehenden Kinde auch in den beyden letzteren Fällen beym Eintritte eines Zweifels über die Vaterschaft ein Curator zu bestellen sey.

2. Die angeführte Stelle des §. 121 fordert zur Aufstellung eines Curators für ein solches Kind die Bedingung, daß es wenigstens zweifelhaft werde, ob dasselbe nicht von dem vorigen Manne der Frau gezeugt worden sey. Ein solcher Zweifel äußert sich auf eine practische Weise, wenn zwischen dem vorigen und dem jetzigen Manne der zu einer neuen Ehe geschrittenen Frau ein Streit darüber entsteht, welcher von beyden der Erzeuger des Kindes sey. Dieser Streit kann, wenn die Wiederverehelichung der Frau nach dem Tode ihres Mannes erfolgt, nur zwischen den Erben des vorigen Mannes und dem neuen Ehemanne; wenn sie aber nach Ungültigerklärung oder nach der gerichtlichen Trennung der vorigen Ehe Statt findet, nicht nur zwischen dem vorigen und dem jetzigen Ehemanne, sondern auch zwischen den Erben des erstern und dem letztern sich erheben; zwischen den letztgedachten Personen jedoch bloß in dem Falle, als der vorige Mann bald nach der Wiederverehelichung seiner Frau gestorben ist [1]. Wird nun zwischen den erwähnten Parteyen ein Streit über die Paternität rege gemacht, so ist unstreitig ein Fall vorhanden, in welchem nach dem Sinne des §. 121 dem Kinde, über dessen Vater gestritten wird, ein Curator bestellt werden muß.

3. Waltet hingegen zwischen gedachten Personen kein Streit ob, wer Vater des Kindes sey, so hat das Gericht in der Regel keine Veranlassung, auf die Bestellung eines Curators für das Kind, von dessen Daseyn es insgemein nicht einmahl eine Kenntniß erhält, bedacht zu seyn. Eine Ausnahme tritt jedoch dann ein, wenn Jemand bey Gericht die Anzeige macht, daß der Vater des Kindes zweifelhaft sey, oder wenn das Gericht auf eine an-

[1] Von den Erben des vorigen Mannes wird im Verlaufe dieser Abhandlung zur Erleichterung der Stylisation nur selten Meldung geschehen; sie sind aber in Fällen, wo sie nach der Natur der Sache als Repräsentanten des verstorbenen Mannes eintreten können und wollen, immer hinzu zu denken.

Digitized by Google

dere Art Kenntniß davon erlangt. Auch in einem solchen Falle kann und muß das Gericht, obgleich beyde Ehemänner, oder die Erben des einen und der andere Ehemann vollkommen mit einander einverstanden wären, wem das Kind angehören solle, diesem einen Curator bestellen. Denn dieses Einverständniß über die Paternität könnte collusorisch seyn, und das Kind dadurch zu seinem Nachtheile aus einer Familie in die andere gebracht werden. Setzen wir, eine Witwe heirathe im ersten Monathe nach dem Tode ihres Mannes, im siebenten Monathe gebäre sie ein völlig reifes Kind; der neue Ehemann lasse sich von den Erben des vorigen Mannes abfinden, und erkläre das Kind für das seinige; es sey aber erweislich, daß der neue Ehemann in den ersten Monathen der Ehe abwesend oder zum Beyschlafe untüchtig war, folglich das Kind von dem vorigen Manne nach §. 138 abstammen könne und müsse. Wer wird in einem solchen Falle an der Pflicht des Gerichtes, wenn es von der Sache Kunde erhält, dem Kinde einen Curator zu bestellen, zweifeln?

§. 310.

Von welchem Gerichte der im §. 121 angeordnete Curator zu bestellen sey.

Welches Gericht wird aber dem Kinde, über dessen Erzeuger der öfters gedachte Zweifel obwaltet, einen Curator zu bestellen haben? Es sind hier die zwey im vorhergehenden §. angedeuteten Fälle zu unterscheiden. Wenn ein Ehemann den andern auf die Anerkennung der Vaterschaft belangt, so hat das Gericht, bey welchem der Streit, ob der vorige oder der jetzige Mann Vater des Kindes sey, angebracht wird, den Curator aufzustellen. Denn die Curatores ad actum, zu welchen der in der Frage stehende unstreitig zu rechnen ist, werden von dem Gerichte bestellt, vor welchem die Streitsache, wobey sie zu interveniren haben, verhandelt wird; der Streit aber über die zweifelhafte Vaterschaft wird in diesem Falle nach Verschiedenheit der geklagten Partey bald bey dem Gerichtsstande des vorigen, bald bey der Gerichtsbehörde des jetzigen Mannes der Mutter des Kindes zur Verhandlung kommen. Ist hingegen, ohne vorhergegangenen Streit zwischen den Ehemännern, auf eine bloße Anzeige der zweifelhaften Vaterschaft die Aufstellung eines Curators für das Kind nöthig geworden, so

hat die Gerichtsbehörde des neuen Ehemannes den Curator zu ernennen, weil für ein Kind, dessen Vater ungewiß ist, das Gericht, welchem seine Mutter untersteht, zu sorgen hat; diese aber dem Gerichtsstande ihres neuen Ehemannes unterworfen ist.

§. 311.

Nach welchen Grundsätzen die Frage zu beurtheilen sey, ob der vorige oder der jetzige Mann einer sich vorsätzlig wieder verehelichenden Frau Vater des ersten, von ihr in der neuen Ehe gebornen, Kindes sey?

1. Der §. 121 des bürgerl. Gesetzbuches entscheidet nicht, ja er deutet nicht einmahl durch eine Hinweisung auf andere Paragraphe an, nach welchen Grundsätzen der Richter zu beurtheilen habe, ob der vorige oder der jetzige Mann Vater eines Kindes sey, über dessen Erzeuger ein Zweifel deßwegen entsteht, weil die Mutter des Kindes nach Ungültigerklärung oder Auflösung ihrer früheren Ehe zu bald eine andere eingegangen hat. Meines Erachtens sind bey einer solchen Beurtheilung analogisch diejenigen Grundsätze anzuwenden, welche in den §§. 138, 155 — 159 und 163 des b. G. B. über die eheliche oder uneheliche Geburt eines Kindes aufgestellt worden sind. Es handelt sich zwar in dem Falle des §. 121 nicht darum, ob das in der Frage stehende Kind als ehelich oder als unehelich geboren zu betrachten sey, sondern darum, ob dasselbe von dem frühern oder spätern Manne der gedachten Frau in der Ehe gezeugt worden sey; aber wahr ist es doch, daß ein solches Kind entweder in Beziehung auf den vorigen, oder in Beziehung auf den jetzigen Mann der erwähnten Frau, für ein außer der Ehe, die zwischen ihm und ihr bestand oder besteht, erzeugtes Kind anzusehen sey. Hiermit waltet zwischen dem Falle des §. 121 und den in den §§. 138, 155 — 159 und 163 entschiedenen Fällen allerdings eine Aehnlichkeit ob. Da nun der im §. 121 vorkommende Fall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne dieses Paragraphes oder eines andern Gesetzes entschieden werden kann, so muß vermöge §. 7 des b. G. B. bey Beurtheilung desselben auf die ähnlichen, in den oben angeführten §§. bestimmt entschiedenen Fälle Rücksicht genommen, d. i. der im letzten Satze des §. 121 enthaltene Fall muß nach der Analogie der §§. 138, 155 — 159 und 163 entschieden werden.

Digitized by Google

2. Man könnte zwar die Einwendung machen, daß der §. 121 es als Regel anzunehmen scheine, das von einer Frau in der neuen Ehe zu was immer für einer Zeit geborne Kind sey von dem neuen Ehemanne gezeugt worden, weil er bloß von dem Falle spricht, wo »es wenigstens zweifelhaft ist, ob das Kind nicht »von dem vorigen Manne gezeugt worden sey,« nicht aber auch von dem Falle, wo der Zweifel darin besteht, ob das Kind nicht von dem jetzigen Manne gezeugt worden sey. Allein der Zweifel, ob das Kind nicht von dem vorigen Manne gezeugt worden sey, involvirt immer zugleich auch den Zweifel, ob das Kind nicht von dem jetzigen Ehemanne herrühre, und umgekehrt. Zudem läßt sich durchaus kein Grund denken, warum zwar die Vermuthung gelten sollte, daß ein Kind, welches von einer Frau, die als Mädchen geheirathet hat, vor Verlauf von sechs Monathen geboren wird, außer der Ehe gezeugt worden sey; nicht aber auch die Vermuthung, daß die Erzeugung eines Kindes, mit welchem eine Witwe oder eine getrennte Frau vor Verlauf des sechsten Monathes seit ihrer Wiederverehelichung niederkommt, außer der neuen Ehe geschehen sey. In der Beschaffenheit einer Witwe oder einer getrennten Frau liegt es ja doch gewiß nicht, daß sie in wenigeren Monathen ihrem Manne ein Kind gebären sollte, als eine Frau, die sich zum ersten Mahle vermählet hat.

§. 312.

Pflichten des Curators eines solchen Kindes.

So wie ein Vormund für das Beste seines Mündels, so muß auch der Curator, der einem Kinde, von dem es ungewiß ist, ob es aus der vorigen oder der neuen Ehe seiner Mutter herrühre, gegeben wird, für das Wohl seines Curanden sorgen, und diesen in Handhabung seiner Rechte entweder selbst vertreten, oder durch Andere vertreten lassen (§§. 243 und 282 des b. G. B.). Der Curator muß also, so fern es rechtlich möglich ist, dem Kinde die vortheilhaftesten Rechte zu verschaffen trachten. Aus diesem Grundsatze folgt, 1. daß er, wenn er überzeugt ist, oder es sehr wahrscheinlich findet, daß der eine oder der andere Ehemann nicht Erzeuger des fraglichen Kindes sey, keineswegs nach Willkühr

Digitized by Google

oder nach bloßen Convenienz-Rücksichten entweder den vorigen oder den jetzigen Ehemann als Vater des Kindes verfolgen könne, sondern daß er dabey redlich (bona fide) zu Werke gehen und nur jenen Ehemann als Vater darzustellen suchen müsse, für dessen Vaterschaft objective Gründe der Wahrscheinlichkeit vorhanden sind. Denn sonst würde er die Familienrechte sowohl des Kindes, als des Ehemannes, welchem er ein fremdes Kind ohne Wahrscheinlichkeitsgründe aufdringen wollte, mala fide und, weil der Richter nicht nach Convenienz-Rücksichten, sondern objectiven Gründen der Wahrscheinlichkeit das Urtheil sprechen muß, ohne Hoffnung eines glücklichen Erfolges angreifen. So wird er ein neun Monathe nach Aufhebung der vorigen, und im siebenten Monathe nach Eingehung der neuen Ehe gebornes Kind entweder dem vorigen oder dem jetzigen Manne als Vater zuzuschreiben trachten, je nachdem dasselbe von den Sachverständigen für ein völlig ausgetragenes oder für ein siebenmonathliches Kind erklärt wird. Da es ferner für das Kind offenbar am vortheilhaftesten ist, wenn es als eheliches Kind seines Erzeugers erscheint, so ergibt sich die weitere Folge, 2. daß der Curator, Falls nicht überwiegende Wahrscheinlichkeitsgründe dagegen streiten, oder die Nothwendigkeit, dem Kinde doch, wo möglich, einen ehelichen Vater zu sichern, das Gegentheil erheischt, die Vaterschaft desjenigen Ehemannes, der nach gesetzlicher Vermuthung als ehelicher Vater des Kindes anzusehen ist, vor Gericht geltend zu machen habe; Falls aber keine gesetzliche Vermuthung für die Vaterschaft des vorigen oder des jetzigen Ehemannes besteht, die Vaterschaft desjenigen Ehemannes, gegen welchen er entweder keinen Beweis derselben zu führen nöthig hat, oder mit dem Beweise der widersprochenen Paternität am leichtesten aufzukommen hofft, vor Gericht behaupten müsse. Es versteht sich daher ohne meine Erinnerung, daß, wenn zwischen den beyden Ehemännern über die Vaterschaft bereits ein Streit vor Gericht anhängig geworden ist, der bestellte Curator mit jenem streitenden Theile, welcher in Ansehung der Vaterschaft eben dasselbe behauptet, was ihm zu behaupten obliegt, gemeinschaftliche Sache zu machen habe.

Digitized by Google

§. 313.

Fälle, in welchen nach zu früher Wiederverehelichung einer Frau der Zweifel entstehen kann, welcher Ehemann Vater des ersten, nach derselben von ihr gebornen, Kindes sey?

1. Die Fälle, in welchen ein Zweifel erhoben werden kann, ob das erste, von einer Frau nach ihrer zu voreiligen Wiederverehelichung geborne, Kind dem vorigen oder dem jetzigen Manne als Vater angehöre, hat schon Herr Appellationsrath Nippel[1] angegeben. Sie sind:

a) Wenn dieses Kind vor Verlauf von zehn Monathen entweder nach der Ungültigerklärung der vorigen Ehe, oder nach dem Tode des vorigen Mannes, oder nach der gerichtlichen Trennung des früheren Ehebandes geboren wird, die voreilige Wiederverehelichung mag übrigens ohne oder mit Dispens erfolgt seyn.

b) Wenn das Kind nach Verlauf von zehn Monathen, von dem Eintritte eines oder des andern der oben gedachten Ereignisse gerechnet, zur Welt kommt; aber die überreife Beschaffenheit seines Körpers, oder die Aeußerung der Mutter, um welche Zeit sie schon ihre Schwangerschaft zu fühlen anfing, zur Frage Anlaß gibt, von welchem Manne das Kind erzeugt seyn dürfte.

2. Sowohl in dem einen als in dem andern dieser zwey Fälle, kann wieder das Kind entweder vor oder nach Verlauf von sechs Monathen seit der Wiederverehelichung seiner Mutter geboren worden seyn. Die angeführten zwey Fälle lösen sich demnach in vier auf, nähmlich:

a) das Kind ist vor Verlauf von zehn Monathen nach Ungültigerklärung oder Auflösung der vorigen Ehe, und vor Verlauf von sechs Monathen seit der Wiederverehelichung seiner Mutter; oder

b) vor Verlauf von zehn Monathen nach jenem, aber nach Verlauf von sechs Monathen nach diesem Ereignisse; oder

c) nach Verlauf von zehn Monathen seit der Ungültigerklärung oder Auflösung der vorigen Ehe, und vor Verlauf von sechs Monathen nach der Wiederverehelichung seiner Mutter; oder endlich

d) nach Verlauf von zehn Monathen seit jener, und nach Verlauf von sechs Monathen seit dieser Begebenheit geboren worden.

[1] Darstellung der Rechte der Vormünder, Curatoren, Vormundschafts- und Curatels-Behörden, §. 287. S. 260. Linz 1825.

Digitized by Google

3. Streng genommen, gehören freylich alle diese vier Fälle nicht in den Umfang des §. 121, weil sich dieser nur auf diejenigen Kinder bezieht, welche in einem solchen Zeitpuncte von der wieder verehelichten Frau geboren werden, daß sie nach der gesetzlichen Vermuthung sowohl von dem vorigen als dem jetzigen Manne gezeugt seyn konnten; aber um eine erschöpfende Darstellung zweifelhafter Paternitäts-Fälle, die sich aus einer zu frühen Wiederverehelichung der Frau ergeben, zu liefern, will ich auch diejenigen mitnehmen, die dem §. 121 nicht angehören. Der Kürze wegen wird wenigstens in den Rubriken der folgenden Paragraphe der Zeitraum nach Ungültigerklärung oder Auflösung der vorigen Ehe der erste; der Zeitraum aber nach der Wiederverehelichung der Mutter des Kindes, der zweyte Zeitpunct genannt werden.

4. Wir wollen nun die oben in den §§. 311 und 312 aufgestellten Grundsätze auf die angedeuteten vier Fälle anwenden und untersuchen, was der Curator des besprochenen Kindes in jedem dieser Fälle zu thun, besonders wann, gegen wen, und wie er den Beweis der Vaterschaft zu führen habe, oder wann er die Last dieses Beweises auf seinen Gegner (den vorigen oder den jetzigen Ehemann der Mutter des Kindes) wälze, und was alsdann diesem gegen ihn zu beweisen obliege, woraus die weiteren Pflichten eines solchen Curators und das endliche Schicksal des fraglichen Kindes von selbst einleuchten werden.

5. In allen vier Fällen wird aber noch darauf Rücksicht zu nehmen seyn, ob der vorige und der neue Ehegatte der Mutter des Kindes über die Vaterschaft mit einander streiten, und der Curator nur als eine Nebenperson sich dem einen oder andern streitenden Theile anzuschließen hat, oder ob die beyden Ehemänner mit einander in keinem Streite wegen der Vaterschaft begriffen sind, und der Curator doch durch seine Amtspflicht sich für aufgefordert hält, gegen den einen oder den anden mit der Paternitäts-Klage bey Gericht aufzutreten. Das Letztere würde besonders auch dann der Fall seyn, wenn das Kind in ein Findelhaus abgegeben worden wäre. Eine zusammenhängende und vollständige Erörterung der vier Fälle ist ohne lästige Wiederhohlung nicht möglich, welcher wegen ich vorläufig um Nachsicht bitten muß.

Digitized by Google

§. 314.

a) Wenn das Kind sowohl vor dem ersten als vor dem zweyten im vorigen §. bestimmten Zeitpuncte geboren wird.

1. Ereignet sich der Fall a, d. i. wird das Kind vor Ablauf des zehnten Monathes nach Ungültigerklärung oder gänzlicher Auflösung der vorigen Ehe und vor Ablauf des sechsten Monathes nach der Wiederverehelichung seiner Mutter geboren, so steht nach der Analogie des §. 138 die gesetzliche Vermuthung dafür, daß das Kind von dem vorigen Manne in der Ehe gezeugt worden sey, gleichwie dieselbe, Falls sich die Mutter nach der Ungültigerklärung oder Auflösung ihrer Ehe gar nicht wieder verehelichet hätte, für die eheliche Geburt des Kindes, mithin für dessen Erzeugung durch den vorigen Mann streiten würde. In diesem Falle muß der Curator, vermöge des im §. 312 Nr. 2 aufgestellten Grundsatzes, den vorigen Mann als Vater des Kindes in Anspruch nehmen, und hat seine Behauptung nicht zu beweisen, weil sie durch eine gesetzliche Vermuthung unterstützt wird. Die Last des Beweises fällt also an den vorigen Mann, der die Vaterschaft von sich abzulehnen sucht. Dieser muß, um seinen Zweck zu erreichen, vermöge Analogie des §. 158, die Unmöglichkeit der von ihm erfolgten Zeugung, z. B. aus seiner langen Abwesenheit oder schweren Krankheit erweisen. Kann er diesen Beweis nicht herstellen, so muß er das Kind als das Seinige anerkennen, ohne daß es dabey auf den Unterschied ankäme, ob der neue Ehemann gegen den vorigen auf Anerkennung der Vaterschaft geklagt, und der Curator nur gemeinschaftliche Sache mit ihm wegen ihrer zusammentreffenden Behauptung, daß der vorige Mann Vater des Kindes sey, in dem Streite gemacht, oder ob der Curator, da sich der neue Ehemann mit dem vorigen in keinen Streit wegen der Vaterschaft einließ, seiner Pflicht gemäß selbst die Klage gegen den vorigen Mann erhoben habe.

2. Gelingt es aber dem vorigen Ehemanne, den erwähnten Beweis der Unmöglichkeit herzustellen, so kommt es allerdings auf den Unterschied an, ob der Curator in dem Paternitäts-Prozesse nur eine Nebenrolle oder ob er die Hauptrolle gespielt habe. Im ersten Falle hat der vorige Mann nach Herstellung des Be-

Digitized by Google

weises, daß er nicht Vater des Kindes seyn könne, den Prozeß gegen den neuen Ehemann als Partey gewonnen, und dieser muß nun als Besiegter das Kind als das Seinige erkennen. Der Curator, obgleich er als Streitgenosse ebenfalls sachfällig geworden, kann sich dabey beruhigen, da das Kind nunmehr doch einen gewissen Vater hat. Im zweyten Falle hingegen kann das wider den Curator allein ausgefallene richterliche Urtheil den neuen Ehemann, der nach der Voraussetzung bey dem Streite gar nicht intervenirte, keineswegs verbinden, die Vaterschaft zu übernehmen. Da es jedoch des Curators Pflicht ist, dem Kinde, wo möglich einen Vater zu verschaffen, so muß er jetzt auch gegen den neuen Ehemann als Kläger auftreten, wenn er allenfalls hoffen kann, gegen denselben mit dem Beweise der Vaterschaft auszulangen, welchen er in einem solchen Falle selbst zu übernehmen hat, weil für die eheliche Geburt eines vor dem siebenten Monathe nach geschlossener Ehe gebornen Kindes nach §. 138 des b. G. B. keine gesetzliche Vermuthung streitet. Hier öffnet sich dem Curator ein doppelter Weg, vielleicht zum Ziele zu gelangen. Er kann den neuen Ehemann auf eine in der Gerichtsordnung vorgeschriebene Art zu überweisen suchen, daß derselbe der Mutter des Kindes innerhalb des Zeitraumes, von welchem bis zu ihrer Entbindung nicht weniger als sechs [1], und nicht mehr als zehn Monathe verstrichen sind, beygewohnt, oder daß derselbe dieses wenigstens außergerichtlich gestanden habe. Hat er diesen Beweis geliefert, so ist nach §. 163 des b. G B. die Vermuthung begründet, daß der neue Ehemann das Kind erzeugt habe. Diese Vermuthung scheint keinen Gegenbeweis zuzulassen. Denn der Gegenbeweis des neuen Ehemannes könnte nur dahin gehen, daß er innerhalb des gedachten Zeitraumes der Mutter des Kindes nicht beygewohnt, oder daß er dieses auch außergerichtlich niemahls eingestanden habe, und müßte im Laufe des von dem Curator wi-

[1] Daß in dem §. 163 des b. G. B. statt: sieben gelesen werden müsse: „sechs Monathe“ habe ich schon im ersten Bande meines Handbuches des in Oesterreich geltenden Eherechtes §. 47. S. 124 bemerkt, und das Hofdecret vom 5. April 1822 hat diese Lesart bestätiget.

Digitized by Google

der den neuen Ehemann anhängig gemachten Paternitäts-Prozesses geführt werden. Würde er hergestellt, so wäre der Beweis des Curators durch den Gegenbeweis des neuen Ehemannes zerstört und die Vermuthung für die Erzeugung des Kindes durch den neuen Ehemann gar nicht begründet. Das Kind müßte daher als ein uneheliches eines Dritten betrachtet werden, weil nach der Voraussetzung auch der vorige Mann erwiesener Maßen nicht Vater desselben ist. Ward aber durch den hergestellten Beweis des Curators ohne Gegenbeweis des neuen Ehemannes die Vermuthung wirklich begründet, daß letzterer Erzeuger des Kindes sey, so ist nicht mehr abzusehen, wodurch diese Vermuthung noch umgestoßen werden könnte. Das Kind wird also in Folge derselben als ein zwar außer der Ehe gezeugtes, aber ehelich gebornes Kind des neuen Ehemannes anzusehen seyn. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die Beywohnung des neuen Ehemannes erst nach der Ungültigerklärung oder Trennung der vorigen Ehe der Mutter des Kindes erfolgt seyn müsse; denn sonst wäre sie ein erwiesener Ehebruch, und daß ein von dem neuen Manne in einem erwiesenen Ehebruche erzeugtes Kind nichts destoweniger als ein von ihm erzeugtes eheliches Kind angesehen werden müsse, scheint mir doch eine gar zu derbe Behauptung zu seyn.

4. Der Curator kann aber noch einen andern Weg einschlagen. Nach §. 155 findet zwar bey einem Kinde, welches von einer Ehegattinn vor dem im §. 138 bestimmten gesetzlichen Zeitraume (wie hier der Fall vorausgesetzt wird) geboren worden ist, die rechtliche Vermuthung für die uneheliche Geburt des Kindes Statt; aber diese rechtliche Vermuthung tritt bey einer frühern Geburt erst dann ein, wenn dem Manne vor der Verehelichung die Schwangerschaft der Frau nicht bekannt war, und er längstens binnen drey Monathen nach erhaltener Nachricht von der Geburt des Kindes die Vaterschaft gerichtlich widerspricht. Kann nun der neue Ehemann entweder das eine oder das andere nicht beweisen, oder keines von beyden darthun, oder beweiset ihm der Curator das Gegentheil von dem einen, oder von dem andern, oder von beyden, so fällt die rechtliche Vermuthung für die uneheliche Geburt des von seiner Frau vor dem gesetzlichen Zeitraume zur Welt gebrachten Kindes weg, und er würde nicht einmahl

Digitized by Google

nach §. 157 zum Beweise durch Kunstverständige, daß das Kind ein reifes Kind von neun Monathen sey, folglich noch dem vorigen Manne angehören müsse, zugelassen werden können, theils weil nach der Voraussetzung der vorige Mann auf die Klage des Curators bereits von der Uebernahme der Vaterschaft losgesprochen worden ist, theils weil ebenfalls nach der Voraussetzung während des Prozesses zwischen dem Curator und dem vorigen Ehemanne, der neue Ehemann sich aller Theilnahme an demselben enthalten hat, folglich gewiß schon drey Monathe seit der erhaltenen Nachricht von der Geburt des Kindes verstrichen sind, ohne daß er die Vaterschaft gerichtlich widersprach. Der neue Ehemann müßte also das Kind als das Seinige behalten, und könnte höchstens mit dem Beweise der Unmöglichkeit der von ihm erfolgten Zeugung noch gehört werden. Die Herstellung dieses Beweises aber würde die Folge haben, daß das Kind als ein uneheliches von einem Dritten erzeugtes Kind zu betrachten wäre, weil beyde Ehemänner die Unmöglichkeit der von ihnen erfolgten Zeugung erwiesen hätten.

§. 315.

b) Wenn das Kind zwar vor dem ersten, aber erst nach dem zweyten Zeitpuncte geboren wird.

1. In dem Falle b, nähmlich wenn das Kind zwar vor Verlauf des zehnten Monathes nach ungültig erklärter oder gänzlich aufgelöster Ehe, aber erst nach Verlauf des sechsten Monathes seit Wiederverehelichung seiner Mutter geboren wurde, streitet nach §. 138 die Vermuthung sowohl dafür, daß dieses Kind in der vorigen Ehe, als dafür, daß es in der neuen Ehe gezeugt worden sey. Dieses hat die Folge, daß im Falle, wo die beyden Ehemänner über die Vaterschaft mit einander streiten, sich keiner von beyden zur Ablehnung des Beweises auf die im gedachten Paragraphe aufgestellte Vermuthung berufen kann. Denn diese Vermuthungen sind einander geradezu entgegengesetzt; sie können neben einander nicht bestehen, sondern heben sich wechselweise auf; sonst müßte man annehmen, daß das Gesetz etwas Unmögliches vermuthe, nähmlich, daß eben dasselbe Kind in zwey verschiedenen Ehen von zwey verschiedenen Männern gezeugt worden sey; eine

Digitized by Google

gesetzliche Vermuthung für das Unmögliche aber gibt es nicht, weil jede gesetzliche Vermuthung sich auf eine vom Gesetze anerkannte Wahrscheinlichkeit gründet, und das Unmögliche niemahls wahrscheinlich seyn kann.

2. Klagt also im gesetzten Falle ein Ehemann gegen den andern auf Anerkennung der Vaterschaft, so liegt ihm der Beweis ob, daß der andere Vater des Kindes sey. Der neue Ehemann als Kläger muß durch Sachverständige oder Zeugen darthun, daß das Kind bey der Geburt ein ganz reifes Kind von neun Monathen gewesen sey, folglich dem vorigen Manne gehöre; der vorige Mann aber, wenn er als Kläger auftritt, hat den Beweis zu führen, daß das Kind bey der Geburt noch unreif war, folglich von dem neuen Ehemanne in seiner, wie vorausgesetzt wird, noch nicht durch neun Monathe bestehenden Ehe gezeugt worden seyn müsse. Es steht aber dem Kläger frey, mit dem Beweise der Reife oder Unreife des gebornen Kindes zugleich den Beweis der Unmöglichkeit der von ihm erfolgten Zeugung zu verbinden. Hat er den Beweis der Reife oder Unreife des Kindes nicht hergestellt, und den Beweis der Unmöglichkeit der von ihm erfolgten Zeugung entweder gar nicht angebothen, oder den angebothenen nicht hergestellt, so wird er mit der Klage abgewiesen und muß das Kind als sein eheliches anerkennen. Hat aber der Kläger den Beweis der Reife oder Unreife des Kindes bey der Geburt, oder den Beweis der Unmöglichkeit der von seiner Seite erfolgten Zeugung, oder beyde diese Beweise geliefert, so hat der Geklagte kein anderes Mittel, die Vaterschaft von sich abzulehnen, als daß er ebenfalls den Beweis der Unmöglichkeit der von ihm erfolgten Zeugung übernimmt. Unterzieht er sich dieser Beweisführung nicht, oder unterliegt er in derselben, so wird ihm die Vaterschaft zuerkannt. Sollte ihm aber die Herstellung eines solchen Beweises eben so wie dem Kläger, gelingen, so wäre das Kind als ein von einem Dritten außerehelich erzeugtes Kind anzusehen.

3. Die Pflicht des Curators bey einem solchen Streite zwischen den beyden Ehemännern besteht in diesem Falle darin, den letztgedachten Ausgang des Streites nach Möglichkeit hintanzuhalten. Er muß daher sich alle Mühe geben, den Beweis, welchen, sey es der Kläger oder Geklagte, über die Unmöglichkeit

Digitized by Google

der von ihm erfolgten Zeugung zu führen versucht, zu hintertreiben oder zu entkräften, folglich sich auf die Seite jenes streitenden Theiles zu schlagen, dessen Bestreben eben dahin gerichtet ist.

4. Ist hingegen zwischen den beyden Ehemännern noch kein Streit über die Vaterschaft ausgebrochen, indem weder der neue Ehemann, in dessen Hause das Kind geboren worden, und sich befindet, noch der vorige Mann der Mutter sich bisher geäußert hat, ob er das Kind für das Seinige halte; der Curator aber überzeugt ist, oder doch wichtige Gründe der Wahrscheinlichkeit zu haben glaubt, daß das Kind dem vorigen Manne angehöre, so scheint es räthlich zu seyn, mit der Klage gegen den vorigen Mann so lange zu warten, bis drey Monathe von der dem neuen Ehemanne ohnehin bekannten Geburt des Kindes verstreichen, weil der Curator dadurch im Falle, daß seine Klage gegen den vorigen Mann mißlingen sollte, sich wenigstens einen glücklichen Erfolg seiner nachher gegen den neuen Ehemann anzustrengenden Klage nach §. 158 wegen der binnen drey Monathen nicht widersprochenen Vaterschaft sichert und die Makel der unehelichen Geburt auf eine leichte Art von dem Kinde abwendet. Mag aber der Curator wann immer mit der Klage gegen den vorigen Mann auf Anerkennung der Vaterschaft auftreten, so streitet meines Erachtens stets die gesetzliche Vermuthung für seine Behauptung, daß das Kind in der vorigen Ehe gezeugt worden sey; er ist daher von der Last des Beweises befreyt. Denn in diesem Falle stehen einander nicht die beyden Ehemänner als streitende Theile entgegen, denen freylich die einander geradezu entgegen gesetzten, auf etwas Unmögliches hinauslaufenden und so sich selbst zerstörenden Vermuthungen des §. 138 nicht zu Statten kommen können, sondern die Parteyen sind hier der vorige Ehemann und der Curator im Nahmen des Kindes, dem der vorige Mann nicht entgegen setzen kann, daß nach §. 138 auch für die Zeugung des Kindes in der neuen Ehe die Vermuthung stehe, weil diese Vermuthung nicht zum Vortheile des Ehemannes, sondern des Kindes aufgestellt worden ist. Der von dem Curator geklagte vorige Ehemann wird also nach §. 158 den Beweis übernehmen müssen, daß er nicht Erzeuger des Kindes seyn könne, entweder weil das Kind zu unreif geboren worden, als daß es aus seiner schon lange nicht mehr

bestehenden Ehe entsprossen seyn könnte, oder daß er während der ganzen Zeit, als es gezeugt seyn sollte, abwesend oder schwer krank war. Stellt er diesen Beweis nicht her, so muß er das Kind als das Seinige zu sich nehmen; stellt er ihn aber her, und erhält in dessen Folge ein ihn von der Vaterschaft lossprechendes Urtheil, so verbindet dieses doch nicht den neuen Ehemann, der nach der Voraussetzung dem Streite zwischen dem Curator und dem vorigen Ehemanne ganz fremd blieb. Sollte es also dem neuen Ehemanne jetzt in den Sinn kommen, die Vaterschaft ebenfalls zu läugnen, so müßte der Curator, um das Kind nicht vaterlos zu lassen, nun auch den neuen Ehemann insbesondere auf die Anerkennung der Vaterschaft belangen, und wäre bey diesem neuen Streite abermahl der Beweiseslast enthoben, weil er sich auf die Vermuthung, daß das Kind als ein innerhalb des gesetzlichen, im §. 138 bestimmten, Zeitraumes gebornes Kind aus der neuen Ehe herrühre, um so mehr stützen kann, als die Vermuthung für die Abstammung des Kindes aus der vorigen Ehe durch den vom vorigen Ehemanne dagegen hergestellten Beweis bereits gänzlich aufgehoben worden ist. Der Curator hätte in diesem Falle nach §. 158 gewonnenes Spiel, wenn er zeigen könnte, daß seit der Zeit, als der neue Ehemann Nachricht von der Geburt des Kindes erhalten hat, schon drey Monathe verstrichen sind, ohne daß derselbe die eheliche Geburt des Kindes bestritten hat. Sollten aber diese drey Monathe noch nicht verflossen seyn, welches wohl nach einem mit dem vorigen Manne abgeführten Prozesse ein sehr seltener Fall seyn dürfte, so kann sich der neue Ehemann gegen den Curator nur dadurch schützen, daß er die Unmöglichkeit der von ihm erfolgten Zeugung entweder aus seiner Abwesenheit, langwierigen Krankheit oder aus der vollkommenen Reife des Kindes bey der Geburt erweiset. Doch kann der Curator den Beweis aus der Reife des Kindes dadurch entkräften, daß er nach §. 163 den neuen Ehemann entweder durch Zeugen oder aus seinem, auch außergerichtlichen, Geständnisse überweiset, daß derselbe der Mutter des Kindes innerhalb eines solchen Zeitraumes beygewohnt habe, von welchem bis zu ihrer Entbindung nicht weniger als sechs, und nicht mehr als zehn Monathe verstrichen sind. Ist aber der Curator nicht im Stande, den Beweis einer solchen

Digitized by Google

Beywohnung auszuführen, so müßte das Kind wieder als ein von einem Dritten außer der Ehe erzeugtes Kind angesehen werden, weil nach der Voraussetzung beyde Ehemänner den Beweis hergestellt haben, daß sie unmöglich Erzeuger des Kindes seyn können.

5. Eben diesen zuletzt bezeichneten Weg und mit gleicher Befreyung von der Last des Beweises hätte der Curator zu betreten, wenn der vorige Ehemann das geborne Kind, allenfalls ohne Erklärung, daß er Vater desselben sey, zu sich genommen hätte, oder wenn das Kind in ein Findelhaus abgegeben worden wäre, und der Curator die Ueberzeugung hätte, oder Gründe der Wahrscheinlichkeit zu haben vermeinte, daß der neue Ehemann der wirkliche Vater des Kindes sey. Der Curator müßte zuerst gegen den neuen Ehemann die Klage erheben, und wenn er mit derselben abgewiesen würde, sie dann auch gegen den vorigen Ehemann, mit Berufung auf die für seine Behauptung sprechende Vermuthung des §. 138, anstrengen. Würde er auch mit dieser Klage nicht auslangen, weil der vorige Ehemann den ihm vielleicht vermöge des §. 158 noch offen stehenden Beweis hergestellt hat, so wäre abermahl die Unehelichkeit das Loos des oft erwähnten Kindes.

6. Einige Rechtsgelehrte erschrecken vor der Folgerung, daß ein Kind, für dessen eheliche Abstammung aus der vorigen und aus der jetzigen Ehe seiner Mutter nach §. 138 gesetzliche Vermuthungen streiten, jemahls als ein uneheliches Kind angesehen werden könnte, und läugnen daher in dem bisher behandelten Falle die gegenseitige Aufhebung der beyden Vermuthungen bey dem Streite der beyden Ehemänner über die Vaterschaft. Sie behaupten, daß eine von den zwey im §. 138 aufgestellten Vermuthungen nach Verschiedenheit der Umstände stärker und die andere schwächer seyn, und jene über diese die Oberhand haben müsse. Als die stärkere aber betrachten sie entweder diejenige, aus welcher für das Kind größere Vortheile entspringen, weil die Vermuthungen des §. 138 ja bloß zum Vortheile der Kinder eingeführt worden sind; oder diejenige, welche für die Abstammung des Kindes aus der neuen Ehe, wenn diese mit gehöriger Dispensation nach Anleitung des §. 120 geschlossen worden, streitet, weil sie durch die, aus den von der dispensirenden Behörde erhobenen Umständen, oder aus dem eingehohlten Zeugnisse der Sachverständigen hervorgehende, Wahr-

Digitized by Google

scheinlichkeit, daß die Mutter des Kindes vor der Wiederverehelichung nicht schwanger war, unterstützt wird; oder endlich diejenige, welche sich für die Erzeugung des Kindes entweder in der früheren oder spätern Ehe daraus ergeben soll, daß die Zeit der wirklichen Geburt des Kindes sich bey einer Ehe weniger als bey der andern von der gewöhnlichen Geburtszeit von neun Monathen entfernt, z. B. das Kind wäre am 25sten Tage, nachdem neun Monathe seit Ungültigerklärung der Ehe, und am 30sten Tage, nachdem sechs Monathe seit Wiederverehelichung der Mutter verflossen sind, gebohren worden, so stände nach dieser Meinung die stärkere Vermuthung dafür, daß es aus der vorigen herrühre, weil hier der Unterschied zwischen der gewöhnlichen und der wirklichen Geburtszeit des Kindes in Beziehung auf die vorige Ehe nur 25 Tage, in Beziehung auf die neue Ehe aber einen Monath beträgt. — Allein mit dieser Ansicht ist der Schwierigkeit keineswegs abgeholfen. Auch durch die Annahme einer überwiegenden Vermuthung wird der Fall nicht unmöglich gemacht, daß beyde Ehemänner die Unmöglichkeit der von ihnen erfolgten Zeugung des Kindes gerichtlich erweisen, wodurch auch die stärkste Vermuthung zerstört und die Unehelichkeit des Kindes als nothwendige Folge herbeygeführt wird. Zudem, wo stellt das bürgerl. Gesetzbuch ausdrücklich den Grundsatz als allgemein geltend auf, daß die schwächere Vermuthung der stärkeren weichen müsse? Wo bestimmt es, daß die eben angeführten Vermuthungen als die stärkeren zu betrachten seyen? Zu geschweigen, daß diese stärker seyn sollenden Vermuthungen noch andern Bedenken unterliegen, und in anderweitige Schwierigkeiten verwickeln, welche hier auseinander zu setzen nicht der Platz ist, damit diese Abhandlung nicht ihre Gränzen überschreite.

7. A. R. Nippel, der an der Spitze derjenigen Rechtsgelehrten steht, von welchen ich oben zu Anfang des Nr. 6 Meldung machte, beharret auch in seinem neuesten Werke [1] auf der schon früher [2] geäußerten Meinnng, daß die beyden Vermuthungen für die Vaterschaft des vorigen und des jetzigen Mannes einander nicht aufheben, sondern daß einer der Vorzug eingeräumt werden

[1] Erläuterung des a. b. G. B. II. Buch. §. 121. S. 150 — 152.
[2] Darstellung der Rechte der Vormünder ꝛc. §. 287. S. 260.

Digitized by Google

müsse, weil sonst der Beweis der Vaterschaft geführt werden müßte, und wenn derselbe nicht hergestellt werden könnte, das Kind als ein uneheliches angesehen werden müßte, welches der deutlichen, aus dem §. 138 des b. G. B. hervorgehenden, Absicht des Gesetzgebers geradezu entgegen wäre. Zu diesem Ende bemerkt er zuvörderst, daß in dem Falle, wo beyde Ehegatten die Vaterschaft von sich ablehnen, sich zwischen ihnen nicht leicht ein Rechtsstreit ergeben wird, weil es in dem Interesse weder des einen noch des andern Ehegatten liegt, dem Kinde die Rechte eines ehelichen Kindes zu verschaffen, daß es also bloß Sache des Curators seyn werde, gegen den einen und nöthigen Falls auch gegen den andern Mann aufzutreten, und die eheliche Geburt des Kindes geltend zu machen. Dann führt er im Auszuge die Rechtsmittel an, die ich für einen solchen Fall dem Curator in einer meiner Abhandlungen[1] an die Hand gegeben habe, und die hier unter Nr. 4 und 5 ebenfalls zu finden sind, und schließt endlich damit: »Das »Ergebniß aus den hier angeführten Bemerkungen ist daher, daß »hier jener aus den beyden Vermuthungen der Vorzug eingeräumt »werden müsse, welche der Curator zu Gunsten des Kindes benützt, »und daß eben dadurch, daß, wenn der Curator eine derselben zur »Begründung der Paternitäts-Klage verwendet, die andere in Be»zug auf die Rechte des Kindes unwirksam gemacht werde.« Allein ich habe weder bey der Niederschreibung jener Bemerkungen eingesehen, noch sehe ich jetzt aus der gedrängteren Mittheilung derselben durch den oben genannten Schriftsteller ein, wie daraus das eben angeführte Ergebniß fließe. Es ist schon an sich eine sehr sonderbare, unerwiesene Behauptung, daß die Benützung einer Vermuthung durch den Curator, derselben mehr Stärke und einen Vorzug vor der andern verschaffe und letztere unwirksam mache. Wo findet man in den Gesetzen eine Stütze dafür? Wenn es dem Curator glückt, dem Kinde in Beziehung auf den einen oder den andern Ehegatten die Rechte der ehelichen Geburt zu erstreiten, so ist dieses das Ergebniß anderer Rechtsgrundsätze. Ich habe aber an den angeführten Orten auch gezeigt, daß der Curator dessen ungeachtet durchfallen könne, und das Kind der doppelten Vermu-

[1] In Prof. Wagners Zeitschrift v. J. 1827. 3. Heft. S. 154 — 157.

thung zum Trotze als unehelich betrachtet werden müsse. Dieses hätte widerlegt werden sollen.

§. 316.

c) Wenn das Kind nach dem ersten, aber vor dem zweyten Zeitpuncte geboren wird.

1. Ist das Kind, wie der Fall c voraussetzt, nach Verlauf von zehn Monathen seit Ungültigerklärung oder Auflösung der vorigen Ehe, aber noch vor Verlauf des sechsten Monathes nach der Wiederverehelichung seiner Mutter geboren worden, so besteht keine gesetzliche Vermuthung weder dafür, daß der vorige, noch dafür, daß der jetzige Mann der Mutter, Erzeuger desselben sey. Ohne Beweisführung kann also in diesem Falle keiner von den beyden Ehemännern als Kläger gegen den andern auftreten.

2. Es wird wohl nicht so leicht geschehen, daß der vorige Ehemann ein so spät gebornes Kind als das seinige in Anspruch nehme; nähme er es aber doch, und der neue Ehemann wollte es ihm nicht freywillig überlassen, so müßte jener, da keine gesetzliche Vermuthung für seine Vaterschaft streitet, nach der Analogie der §§. 156 und 157 binnen drey Monathen nach erhaltener Nachricht von der Geburt des Kindes, die Rechtmäßigkeit der späteren Geburt durch Kunstverständige zu erweisen übernehmen, und diese müßten, damit der Beweis als hergestellt angesehen werden könnte, nach genauer Untersuchung der Beschaffenheit des Kindes und der Mutter, die Ursache dieses außerordentlichen Falles deutlich angeben. Würde er mit dem Beweise nicht aufkommen, so bliebe das Kind dem neuen Ehemanne als Sieger, und dieser könnte in der Folge nicht mehr seine Vaterschaft gerichtlich widersprechen, weil ihm dieselbe vom Gerichte durch Abweisung des Klägers per indirectum zuerkannt worden ist.

3. Oefters aber dürfte der neue Ehemann den Entschluß fassen, die Vaterschaft in Abrede zu stellen, und dieselbe dem vorigen Manne aufzubürden trachten. Um seinen Zweck zu erreichen, müßte er die Vaterschaft binnen drey Monathen nach erhaltener Nachricht von der Geburt des Kindes gerichtlich widersprechen, dabey zeigen, daß ihm die Schwangerschaft seiner Frau vor der Verehelichung nicht bekannt war, und die Rechtmäßigkeit der späteren

Digitized by Google

Geburt des Kindes durch Kunstverständige auf die eben unter Nr. 2 angeführte Art erweisen. Würde er den Prozeß verlieren, so müßte er wieder die Vaterschaft auf sich nehmen. Ein Beweis der Unmöglichkeit, daß die Zeugung des Kindes von ihm erfolgt sey, scheint hier unanwendbar zu seyn, weil der neue Ehemann in diesem Falle die Reife des Kindes und daraus die Vaterschaft des vorigen Mannes behauptet, also nicht zugleich die Unreife des Kindes vorwenden kann, um aus derselben nach §. 156 und 157 den Schluß zu ziehen, daß er nicht Erzeuger des Kindes seyn könne. Auch auf den §. 158 kann er sich nicht berufen, um die Unmöglichkeit der von ihm erfolgten Zeugung aus seiner langwierigen Abwesenheit oder schweren Krankheit zu beweisen, weil dieser §. einen solchen Beweis nur jenem Manne gestattet, welcher behauptet, daß ein von seiner Gattinn innerhalb des gesetzlichen Zeitraumes gebornes Kind nicht das Seinige sey.

4. In diesen beyden Fällen scheint die Aufstellung eines Curators für das Kind, welches keine Vermuthung der ehelichen Geburt für sich hat, nicht nothwendig zu seyn, weil dasselbe dabey keine Gefahr läuft, an seinen Rechten etwas zu verlieren, sondern vielmehr bey ruhiger Abwartung des Ausganges, den der zwischen beyden Ehemännern über die Vaterschaft erregte Streit nehmen wird, nach der richtigen Bemerkung des A. R. Nippel die zuverlässige Hoffnung hat, die Rechte der ehelichen Geburt für jeden Fall zu erlangen. Sollte aber doch aus was immer für Ursache die Aufstellung erfolgen, so dürfte es für den Curator bey dergleichen Streitigkeiten zwischen den beyden Ehemännern, wenn er auf keiner Seite ganz entscheidende Gründe wahrnimmt, am gerathensten seyn, sich an den geklagten Ehemann, also in dem ersten der hier auseinander gesetzten Fälle an den neuen, im zweyten an den vorigen Ehemann, anzuschließen, weil er auf diese Art ohne Beweisführung, mithin am leichtesten die eheliche Geburt des Kindes sichern kann.

5. Verhalten sich hingegen die beyden Ehemänner nach der Geburt des Kindes ruhig, d. i., wenn entweder der neue Ehemann die eheliche Geburt des zu früh gebornen Kindes nicht bestreitet, oder der vorige Ehemann das zu spät geborne Kind ohne Widerrede als das Seinige aufnimmt, so würde die Aufstellung

Digitized by Google

eines Curators und dessen Klage gegen den andern Ehemann das Kind der Gefahr aussetzen, für unehelich erklärt zu werden, weil der Curator in diesem Falle, wo ihm keine gesetzliche Vermuthung zur Stütze dient, wenn er dem einen oder dem andern Ehemanne wider dessen Willen die Vaterschaft aufzudringen sucht, sich selbst zugleich die Last des Beweises aufladet, und zwar gegen den vorigen Mann des Beweises der Rechtmäßigkeit einer spätern, gegen den jetzigen Mann aber einer früheren Geburt durch Kunstverständige, deren Aussage nach genauer Untersuchung der Beschaffenheit der Mutter und des Kindes die deutliche Angabe der Ursache enthalten muß, warum der außerordentliche Fall einer über zehn Monathe verspäteten oder einer vor sechs Monathen erfolgten Geburt des Kindes eingetreten sey. Nun ist die Herstellung sowohl des einen als des andern Beweises sehr schwierig, und daher immer Gefahr für die Behauptung der ehelichen Geburt des Kindes vorhanden.

6. Will aber keiner von den beyden Ehemännern etwas von der Vaterschaft wissen, ohne jedoch gegen einander gerichtlich aufzutreten, oder wäre das Kind schon in ein Findelhaus abgegeben worden, so scheint es am räthlichsten zu seyn, daß sich der aufzustellende Curator für die Vaterschaft des neuen Ehemannes erkläre, weil mit dem Beweise gegen diesen noch am leichtesten auszulangen seyn dürfte. Denn obgleich nach §. 155 die rechtliche Vermuthung für die uneheliche Geburt eines Kindes Statt findet, welches zwar von einer Ehegattinn, jedoch vor oder nach dem im §. 138 mit Rücksicht auf die eingegangene oder aufgelöste Ehe bestimmten Zeitraume geboren worden ist, und dieses in unserem Falle sowohl in Beziehung auf die vorige als die jetzige Ehe der Mutter des Kindes eintrifft, so tritt doch nach §. 156 bey einer früheren Geburt die rechtliche Vermuthung, daß dieselbe unehelich sey, erst dann ein, wenn dem Manne vor der Verehelichung die Schwangerschaft seiner Frau nicht bekannt war, und er längstens binnen drey Monathen nach erhaltener Nachricht von der Geburt des Kindes die Vaterschaft gerichtlich widerspricht. Kann nun der Curator des Kindes beweisen, entweder daß dem neuen Ehemanne die Schwangerschaft der Mutter des Kindes vor ihrer Wiederverehelichung bekannt war, oder daß derselbe die Vaterschaft binnen

Digitized by Google

drey Monathen von der ihm bekannt gewordenen Geburt des Kindes nicht widersprach, so fällt die rechtliche Vermuthung für die uneheliche Geburt des von seiner Frau wiewohl außer dem gesetzlichen Zeitraume zu früh gebornen Kindes weg, und er wird dasselbe als das Seinige anerkennen müssen. Außer diesem Mittel kann dem Curator sogar eine rechtliche Vermuthung, daß der neue Ehemann das Kind erzeugt habe, nach §. 163 zu Statten kommen, wenn er nähmlich im Stande ist, den neuen Ehemann auf eine in der Gerichtsordnung vorgeschriebene Art zu überweisen, daß derselbe der Mutter des Kindes innerhalb des Zeitraumes, von welchem bis zu ihrer Entbindung nicht weniger als sechs und nicht mehr als zehn Monathe verstrichen sind, beygewohnt, oder daß derselbe dieses auch nur außergerichtlich gestanden habe. In einem solchen Falle wäre das fragliche Kind in Folge dieser Vermuthung als ein ehelich gebornes Kind des neuen Ehemannes anzusehen. Würden aber dem Curator gegen den neuen Ehemann dergleichen Beweise entweder gar nicht zu Gebothe stehen oder mißlingen, so bliebe ihm zwar noch das Mittel übrig, gegen den vorigen Mann der Mutter des Kindes die Paternitäts-Klage anzustellen; aber er müßte sich zur Führung des sehr mißlichen Beweises der Rechtmäßigkeit einer über zehn Monathe verspäteten Geburt durch Kunstverständige bequemen. Könnte er mit dieser Beweisführung nicht aufkommen, so würde das Kind das traurige Loos treffen, für unehelich gehalten zu werden.

§. 317.

d) Wenn das Kind sowohl nach dem ersten als auch nach dem zweyten Zeitpuncte geboren wird.

1. Wir kommen endlich auf den Fall d. Ist das Kind nach Verlauf von zehn Monathen seit der Ungültigerklärung oder Auflösung der vorigen und nach sechs Monathen seit Schließung der neuen Ehe zur Welt gekommen, so ist nach §. 158 analogisch zu vermuthen, daß es in der neuen Ehe erzeugt worden sey.

2. Will also der neue Ehemann das Kind nicht als das Seinige anerkennen, sondern es dem vorigen Manne der Mutter durch Klage aufdringen, so streitet er gegen eine gesetzliche Vermuthung, und muß daher nach §. 158 längstens binnen drey Mona-

then nach erlangter Kenntniß von der Geburt des Kindes die Unmöglichkeit der von ihm erfolgten Zeugung und überdieß noch durch Kunstverständige beweisen, daß das Kind bey der Geburt vollkommen reif oder gar überreif gewesen sey, folglich von dem vorigen Manne herkommen müsse, und die Kunstverständigen müssen nach genauer Untersuchung der Beschaffenheit der Mutter und des Kindes deutlich die Ursache angeben, warum die Geburt des Kindes über zehn Monathe hinaus verspätet worden sey. Läßt er die drey Monathe verstreichen, oder kann er den gedachten Beweis nicht herstellen, so ist er als Vater des Kindes anzusehen. Bestreitet er aber zur gehörigen Zeit die eheliche Geburt des Kindes und stellt zugleich den erwähnten Beweis her, so müßte das Kind dem vorigen Manne zugesprochen werden, es sey dann, auch letzterer könnte den Beweis liefern, daß die ihm zugeschriebene Zeugung des Kindes eine Unmöglichkeit sey, in welchem Falle anzunehmen wäre, daß das Kind von einem Dritten außerehelich gezeugt worden sey. Sollte hingegen, was nicht leicht geschehen wird, der vorige Mann sich gegen den Willen des neuen das Kind zueignen, so müßte er entweder die Unmöglichkeit, daß der jetzige Mann der Mutter Erzeuger des Kindes sey, oder die Rechtmäßigkeit der über zehn Monathe verspäteten Geburt des Kindes durch Kunstverständige erweisen, widrigen Falls bleibt es bey der Vermuthung, daß das Kind dem neuen Ehemanne angehöre.

3. Der Curator hat bey einem solchen Streite zwischen den beyden Ehemännern immer mit demjenigen Manne gemeinschaftliche Sache zu machen, welcher das behauptet, wofür die gesetzliche Vermuthung streitet, also im ersten Falle mit dem vorigen, im zweyten mit dem jetzigen Manne der Mutter des Kindes.

4. Erheben die beyden Ehemänner keinen Streit über die Vaterschaft gegen einander, aber der Curator glaubt, hinlängliche Gründe zu haben, dieselbe einem andern Ehemanne, als der sie wirklich ausübt, zuzuschreiben, so muß er gegen denselben als Kläger auftreten. Klagt er nun gegen den vorigen Mann auf die Anerkennung der Vaterschaft, die bis jetzt von dem neuen Ehemanne ausgeübt worden ist, so hat er die gesetzliche Vermuthung wider sich, und muß daher den schwierigen Beweis übernehmen, daß der neue Ehemann wegen Abwesenheit oder langwieriger

Digitized by Google

Krankheit nicht Erzeuger des Kindes seyn könne, und daß der vorige Mann wegen vollkommener Reife oder Ueberreife des Kindes, die von Kunstverständigen nach vorhergehender genauer Untersuchung mit deutlicher Angabe der Ursache der verspäteten Geburt zu bestätigen ist, Vater des Kindes seyn müsse. Fällt er mit diesem Beweise durch, so bleibt der neue Ehemann im Besitze der Vaterschaft. Wendet sich aber der Curator mit seiner Klage gegen den neuen Ehemann, weil der vorige die Paternitäts-Rechte ausübt, so steht ihm nach §. 138 die Vermuthung zur Seite, daß das erst nach sechs Monathen seit der Wiederverehelichung der Mutter geborne Kind von dem geklagten neuen Ehemanne erzeugt worden sey. Er ist daher von der Last des Beweises frey und dem neuen Ehemanne liegt der Beweis nach §. 158 ob, daß er das Kind nicht erzeugt haben könne. Bringt er diesen Beweis nicht zu Stande, so muß er das Kind als sein eheliches anerkennen. Stellt er aber denselben wirklich her, so kann zwar der Curator noch den vorigen Ehemann, wenn sich dieser unterdessen vielleicht eines andern besonnen hätte, und nun ebenfalls die vorher ausgeübte Vaterschaft von sich ablehnen wollte, auf die Anerkennung derselben belangen; aber er muß, da er keine Vermuthung für seine Behauptung hat, die Rechtmäßigkeit der über zehn Monathe verspäteten Geburt durch Kunstverständige erweisen, welche nach genauer Untersuchung der Mutter und des Kindes die Ursache dieses außerordentlichen Ereignisses deutlich anzugeben haben. Mißlingt ihm dieser Beweis, so wäre das Kind für einen unehelichen Sprößling eines Dritten zu erklären.

Digitized by Google

Sechster Abschnitt.

Von der Anmerkung der für ungültig oder getrennt erklärten Ehe im Trauungsbuche.

§. 318.

Vorschriften über die Anmerkung der Ungültigerklärung oder Trennung der Ehe im Trauungsbuche.

1. Eine andere Folge der Ungültigerklärung oder Trennung einer Ehe ist die vorgeschriebene Anmerkung der darüber ergangenen gerichtlichen Erkenntnisse in dem Trauungsbuche, worüber in dem §. 122 des b. G B. verordnet wird: »Wenn eine Ehe für »ungültig erkannt, oder für getrennt erklärt wird, so soll »dieser Erfolg in dem Trauungsbuche an der Stelle, wo »die Trauung eingetragen ist, angemerkt und zu dem Ende »von dem Gerichte, wo die Verhandlung über die Ungül»tigkeit oder Trennung vor sich gegangen ist, die Erinne»rung an die Behörde, welche für die Richtigkeit des »Trauungsbuches zu sorgen hat, erlassen werden.« Eben dasselbe wird auch in der Vorschrift über das Verfahren in streitigen Eheangelegenheiten, kundgemacht durch das Hofkanzley-Decret vom 22. Julius 1819, nur mit wenigeren Worten §. 19 angeordnet: »Wenn die Ehe für ungültig erklärt oder getrennt wird, »muß nach eingetretener Rechtskraft dieses Erkenntnisses von »Amtswegen die Verfügung getroffen werden, daß dasselbe nach »Anleitung des §. 122 des b. G. B. in das Trauungsbuch einge»tragen werde.« Man könnte glauben, daß diese kurze Gesetzstelle doch etwas Neues verfüge, indem sie den Zeitpunct bestimmt, von welchem an erst die Anzeige wegen der Anmerkung im Trauungsbuche an die für die Richtigkeit desselben zu sorgen beauftragte Behörde gemacht werden soll. Allein da nach §. 18 der eben

Digitized by Google

gedachten Vorschrift das Erkenntniß auf Ungültigkeit der Ehe zwischen Katholiken, oder wenn ein Theil katholisch ist, immer erst die Bestätigung der obersten Justiz-Stelle, das Erkenntniß aber auf Ungültigkeit zwischen Akatholiken und auf Trennung der Ehe wenigstens die Bestätigung des Appellations-Gerichtes erlangen muß, folglich die Ehe vor einem solchen oberrichterlichen Erkenntnisse weder für ungültig noch für getrennt erklärt wird; die Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes aber, und die bestätigenden Urtheile des Appellations-Gerichtes, weil dagegen kein Rechtsmittel mehr Statt findet, sogleich als sie geschöpft sind, in Rechtskraft erwachsen, so sieht man, daß der angeführte §. 19 der Vorschrift im Grunde nur deutlicher eben das ausspricht, was in dem Sinne des §. 122 des b. G. B. ohnehin liegt.

2. Die Anmerkung der erfolgten Ungültigerklärung oder Trennung einer Ehe im Trauungsbuche ist aus mehreren Gründen angeordnet worden. Die Bestimmung der Trauungsbücher ist unter andern auch diese, daß durch sie als öffentliche, vollen Glauben verdienende, Urkunden die wichtigen, aus dem selbst in das Staatswohl mächtig eingreifenden Ehevertrage entspringenden, Rechte so sicher, schnell und leicht, als immer möglich, sollen geltend gemacht werden können. Gleichwie nun das bürgerliche Gesetzbuch durch seine Anordnung im §. 80 für die Herstellung eines vollständigen, schnellen und leichten Beweises des geschlossenen Ehevertrages gesorgt hat, so war es gewiß consequent und zweckmäßig, daß im §. 122 auch für den Beweis des durch die Erklärung der ursprünglichen Ungültigkeit, oder durch die gerichtliche Trennung aufgehobenen Ehevertrages gleiche Fürsorge getroffen wurde. Denn die eingetretene Erlöschung der durch den Ehevertrag gegründeten oder wenigstens unter dem Scheine desselben ausgeübten Rechte fordert eben die Sicherheit, Schnelligkeit und Leichtigkeit des Beweises, als die Entstehung und das Fortbestehen derselben. Wie leicht könnte es, wenn die Ungültigerklärung oder Trennung einer Ehe im Trauungsbuche nicht angemerkt würde, einem Theile oder dessen Erben in der Folge gelingen, aus demselben einen Trauungsschein zu erschleichen und mittelst desselben die ihm nicht mehr gebührenden Rechte eines Gatten anzusprechen? Ueberdieß kann die besprochene Anmerkung im

Digitized by Google

Trauungsbuche einem Ehegatten ohne viele Umschweife und Kosten den genügendsten Beweis an die Hand geben, daß ihm die Wiederverehelichung, mit welcher er umgeht, gestattet werden müsse.

§. 319.

Welches Gericht die Anmerkung im Trauungsbuche zu veranlassen habe.

1. Die Erinnerung wegen der oft erwähnten Anmerkung im Trauungsbuche hat von dem Gerichte auszugehen, wo die Verhandlung über die Ungültigkeit oder Trennung der Ehe gepflogen worden ist. Dieses Gericht sind bekanntlich die Landrechte, die Stadt- und Landrechte, und im Lombardisch-Venetianischen Königreiche die Collegial-Gerichte der ersten Instanz, mit Ausschluß der Präturen.

2. Eine Ausnahme von dieser Regel enthält das Hofdecret vom 30. Julius 1808[1], welches verordnet: »Der Inhalt eines Criminal-Urtheiles über das erwiesene Verbrechen der zweyfachen Ehe, ist von dem Criminal-Gerichte sowohl dem rechtmäßig als unrechtmäßig angetrauten Gatten des Verbrechers zum Schutze und Wahrnehmung ihrer Rechte und Erfüllung ihrer Pflichten durch die Personal-Behörde, dann aber auch der politischen Behörde, in deren Bezirk die gesetzwidrige Trauung vor sich ging, bekannt zu machen, damit die Ungültigkeitserklärung der zweyten Ehe von dem Seelsorger in dem Trauungsbuche angemerkt werde.« Dieses Hofdecret ist aber durch ein späteres vom 11. Julius 1817[2] erläutert worden, aus welchem hier alles ausgehoben wird, was zum richtigen Verstande und zur Begründung der gedachten Ausnahme dienlich ist. »Das Hofdecret vom 30. Julius 1808 macht eine Ausnahme (von der oben angegebenen Regel) für den Fall, wenn eine Person wegen der zweyfachen Ehe in die Criminal-Untersuchung geräth, und bey dieser das Verbrechen der zweyfachen Ehe erwiesen wird. In einem solchen Falle kann das Criminal-Urtheil die Ungültigerklärung der zweyten Ehe enthal-

[1] In der Justiz-Gesetzsammlung Nr. 856 und in dem Anhange zum ersten Theile des Strafgesetzbuches Nr. 25.

[2] In der Justiz-Gesetzsammlung Nr. 1315.

Digitized by Google

» ten, und dessen Inhalt unmittelbar von dem Criminal-Gerichte » der politischen Behörde bekannt gemacht werden, damit sie die » Ungültigerklärung der zweyten Ehe dem Seelsorger im Trauungs- » buche anzumerken auftrage. Aus dem Sprachgebrauche, da » man unter einem Verbrechen nicht das bloß Versuchte, sondern » das Vollbrachte zu verstehen pflegt, aus dem ganzen Inhalte des » angeführten Hofdecretes und vorzüglich aus dem Beysatze in dem- » selben, daß das Criminalurtheil sowohl dem rechtmäßig als » unrechtmäßig angetrauten Gatten bekannt zu machen sey, erhellet » (aber), daß das Hofdecret eigentlich von dem Falle zu verstehen » sey, wo das vollbrachte Verbrechen der zweyfachen Ehe bey dem » Criminal-Gerichte rechtlich erwiesen und die Ungültigerklärung » der zweyten Ehe nothwendig ist. Unter dieser Voraussetzung » ist die Einleitung eines weitern Verfahrens bey dem Landrechte » überflüssig und das Urtheil des Criminal-Gerichtes zureichend, » gleichwie aus einem gleichen Grunde, vermöge des 17. Hauptstü- » ckes ersten Theiles des Strafgesetzbuches, das Criminal-Gericht » befugt ist, bey dem Verbrechen des Diebstahles, Raubes ꝛc. das » erwiesene Eigenthum zurückzustellen, oder wenn dieses nicht mehr » vorhanden ist, über die dem Beschädigten gebührende Entschädi- » gung zu erkennen, obgleich das Urtheil über Eigenthum und Ent- » schädigung in der Regel dem Civil-Gerichte zusteht. Allein es » gibt Fälle, wo bey einer Anschuldigung der zweyfachen Ehe die » erwähnte Voraussetzung nicht eintritt. Solche Fälle sind:

a) » Wenn ungeachtet des Geständnisses des Beschuldigten, » der sich etwa dadurch von dem Ehebande losmachen wollte, » nicht erhoben und zweifelhaft ist, daß er einen früher angetrau- » ten Ehegatten habe, folglich das mit den eingehohlten Erfahrun- » gen nicht übereinstimmende Geständniß nach §. 399 I. Thls. des » Strafgesetzbuches für keinen rechtlichen Beweis gelten kann. «

b) » Wenn die zweyte Ehe ohne bösen Vorsatz auf einen irrig » ausgestellten Todtenschein geschlossen, folglich kein Verbrechen » der zweyfachen Ehe begangen worden. «

c) » Wenn ein bloßer Versuch des Verbrechens der zweyfa- » chen Ehe vorläge, indem der erste Gatte ohne Wissen des Be- » schuldigten vor Schließung der zweyten Ehe bereits gestorben » wäre; oder

d) »Wenn er auch erst nach der von dem Beschuldigten ge»schlossenen Ehe gestorben, folglich das Hinderniß gehoben wäre, »und die zweyte Ehe convalidirt werden könnte.«

»In diesen Fällen würde das C..minal-Gericht über die Un»gültigkeit der Ehe nicht zu erkennen und sein Erkenntniß der po»litischen Behörde (nicht) bekannt zu machen, sondern mit Aus»nahme des Falles in c, wo es zu einer Ungültigerklärung der »zweyten Ehe nicht kommen kann, die Acten dem Landrechte zum »weiteren Verfahren zu übergeben haben.«

3. Nach dieser gesetzlichen Erläuterung kann also das Criminal-Gericht nur im Falle eines bey demselben rechtlich bewiesenen vollbrachten Verbrechens der zweyfachen Ehe, die Ungültigkeit der zweyten Ehe zugleich mit der verdienten Strafe in seinem Urtheile aussprechen, und die vorgeschriebene Verfügung wegen Anmerkung der Ungültigerklärung im Trauungsbuche treffen. In allen übrigen Fällen, selbst denen der angeschuldigten zweyfachen Ehe, bleibt es bey der Regel, daß beyde diese Rechte nur dem Landrechte ꝛc. zukommen. Sogar im Falle des bewiesenen vollbrachten Verbrechens der Bigamie, wo aber, wie im Falle d, die Convalidation der zweyten Ehe möglich ist, hat nur das Landrecht zu handeln, weil alsdann die Ungültigerklärung der zweyten Ehe nicht eine nothwendige Folge der Verurtheilung, und das Landrecht allein durch den §. 98 angewiesen ist, zu trachten, daß die immer wünschenswerthe Convalidation der Ehe zu Stande komme.

4. Bey dem Ehehindernisse der heiligen Weihen und der feyerlichen Ordensgelübde (impedimentum ordinis sacri und voti solennis) kommt zwar über den Bestand derselben den geistlichen, oder nach Umständen auch den politischen Behörden die Präjudicial-Entscheidung zu; aber die Ungültigkeit der Ehe kann auch wegen dieser Hindernisse nur von dem competenten Civilgerichte ausgesprochen, und auch in solchen Fällen muß sein Ausspruch in dem Trauungsbuche angemerkt werden.

§. 320.

Wie und an welche Behörde deßwegen die gerichtliche Erinnerung zu erlassen, was jene weiter zu verfügen und wie die Anmerkung im Trauungsbuche zu geschehen habe.

1. Die vorgeschriebene Erinnerung des Gerichtes an die Be-

Digitized by Google

hörde besteht darin, daß von dem Gerichte an dieselbe eine Abschrift des auf die Ungültigkeit oder Trennung der Ehe ausgefallenen Civil-Erkenntnisses, worin nach Verschiedenheit der Fälle auch der ober- oder oberstrichterlichen Bestätigung gedacht werden muß, oder bey der zweyfachen Ehe des Criminal-Urtheiles mit dem Ersuchen eingesendet wird, die nöthige Verfügung zu treffen, daß die Ungültigerklärung oder Trennung der Ehe von dem Seelsorger, den es betrifft, in dem Trauungsbuche angemerket werde. Die Station des Seelsorgers ergibt sich aus dem Urtheile selbst, worin der Ort, wo eine solche Ehe geschlossen wurde, benannt seyn muß. Die Nothwendigkeit der Zusendung des Erkenntnisses selbst ergibt sich aus der im §. 320 angeführten Stelle des Hofkanzley-Decretes vom 22. Julius 1819.

2. Als Behörde, an welche die Anzeige der erfolgten Ungültigerklärung oder Trennung der Ehe zu machen ist, bezeichnet das Gesetz diejenige Behörde, welche für die Richtigkeit des Trauungsbuches zu sorgen hat. Diese ist, wie die beyden im vorhergehenden §. 321 angeführten Hofdecrete vom 30. Julius 1808 und 11. Julius 1817 ausdrücklich sagen, die politische Behörde, in deren Bezirke die ungültig erklärte oder getrennte Ehe eingegangen worden ist, also gewöhnlich die Landesstelle; an den Orten aber, wo sich zwar das Landrecht, aber keine Landesstelle befindet, z. B. in Tarnow, Stanislawow, Czernowitz, Klagenfurt, Görz, Rovigno, das Kreisamt, und in den italienischen Provinzen die Delegationen, denen durch die politischen Verordnungen[1] die Sorge für die richtige Führung der Pfarrbücher zur Pflicht gemacht ist. Diese politischen Behörden haben dann die empfangene Abschrift des Urtheils entweder mittelbar durch das bischöfliche Consistorium, oder unmittelbar dem Seelsorger, in dessen Trauungsbuche die für ungültig erklärte oder getrennte Ehe eingetragen ist, zukommen zu lassen, und ihm den Auftrag zu ertheilen, daß er an der nähmlichen Stelle in der letzten Rubrik nun auch die gerichtliche Ungültigerklärung oder Trennung derselben Ehe anmerke. Diese Anmerkung erfordert keineswegs die wörtliche Eintragung des Urtheiles in das

[1] 20. Februar 1784, 21. Junius 1787, 21. October 1796, 6. November 1817.

Digitized by Google

Trauungsbuch, sondern hat sich auf den an gehöriger Stelle zu machenden Beysatz zu beschränken, daß die Ehe zwischen (Benennung der Eheleute), von dem Landrechte, Stadt- und Landrechte, Collegial-Gerichte erster Instanz oder Criminal-Gerichte (Benennung des Gerichtes), durch Urtheil (Beyfügung des Datums) für ungültig erklärt oder getrennt worden sey. Die mitgetheilte Abschrift des Urtheiles ist im pfarrlichen Archive aufzubewahren.

3. Wenn die getrennten Ehegatten sich wieder vereinigen wollen, und zu diesem Ende nach §. 118 des bürgerl. Gesetzbuches eine neue Ehe mit einander schließen, welche nach §. 80 wieder ins Trauungsbuch eingetragen werden muß, so erscheint das nähmliche Ehepaar zweymahl in demselben. Für einen solchen Fall wird den Seelsorgern sehr zweckmäßig empfohlen, durch eine wechselseitige Verweisung auf diese Ehen künftigen Zweifeln und möglichen Irrungen vorzubeugen[1].

§. 321.

Ob auch die Todeserklärung im Trauungsbuche anzumerken sey.

1. Es ist eine ziemlich verbreitete und bey einigen Gerichten sogar in die Praxis übergangene Meinung, daß die im §. 122 des bürgerl. Gesetzbuches vorgeschriebene Anmerkung im Trauungsbuche bloß bey der Ungültigerklärung und gerichtlichen Trennung der Ehe zu beobachten, keineswegs aber auf die Todeserklärung auszudehnen sey. Es ist allerdings nicht ohne Grund, daß man die gemeine Todeserklärung, die nur zum Behufe des Ueberganges der Erbrechte an andere Personen bewirkt wird, nach dem Sinne des §. 122 in dem Trauungsbuche anzumerken nicht für nöthig erachtet, weil diese Art der Todeserklärung mit dem Eherechte in keinem unmittelbaren Zusammenhange steht, und weil der Ehegatte des in dieser Absicht für todt Erklärten, wenn er nach derselben zu einer neuen Ehe schreiten will, ohnehin noch eine besondere Todeserklärung zum Zwecke der Wiederverehelichung

[1] Siehe Schletterer: über die Führung der Pfarrbücher und deren Beweiskraft S. 177, und Helfert: Darstellung der Rechte, welche in Ansehung der heiligen Handlungen ꝛc. Statt finden, S. 91.

Digitized by Google

nach den jetzt geltenden Gesetzen bey Gerichte ansuchen muß, folglich aus dieser Anmerkung leicht die Ungereimtheit entstehen könnte, daß der nähmliche Ehegatte in einem öffentlichen Glauben habenden Buche als zu zwey verschiedenen Zeiten gestorben erscheinen würde. Allein weniger Grund hat man zu behaupten, daß auch die Anmerkung einer zum Zwecke der Wiederverehelichung vorgenommenen Todeserklärung im Trauungsbuche durch das bürgerliche Gesetzbuch im §. 122 nicht vorgeschrieben sey. Der §. befiehlt die Anmerkung, wenn die Ehe für getrennt erklärt wird. Nun wird aber die Ehe auch durch die feyerliche Todeserklärung für getrennt erklärt; denn das Gesuch um diese Todeserklärung muß nach §. 112 dahin gerichtet seyn, das Gericht wolle erklären, daß der Abwesende für todt zu halten, und die Ehe getrennt sey. Das bewilligende Erkenntniß muß aber dem Gesuche gemäß lauten, also auch erklären, daß die Ehe getrennt sey, nähmlich durch den nunmehr gesetzlich vermutheten Tod des abwesenden Ehegatten. Man kann also kaum zweifeln, daß auch der Fall einer zum Zwecke der Wiederverehelichung für getrennt erklärten Ehe unter der Vorschrift des §. 122 mitbegriffen sey. Der Gesetzgeber scheint absichtlich den allgemeiner lautenden Ausdruck; »wenn die Ehe für getrennt erklärt »wird« gewählt zu haben, um auch den fraglichen Fall einzuschließen, gleichwie er in der Absicht, denselben auszuschließen, im §. 120 sich des eine eingeschränktere Bedeutung mit sich führenden Ausdrucks: »wenn eine Ehe getrennt wird« bedienet hat. Wenn der Gesetzgeber von dem Erkenntnisse über die Ungültigkeit einer Ehe spricht, so bedient er sich gewöhnlich des Ausdruckes: Ungültigerklären, und wenn er von der Auflösung des Ehebandes durch richterliches Urtheil redet, schlechtweg des Wortes: trennen. Im §. 122 ist dieser Redegebrauch geändert. Das zu erwartende Wort: »erklärt« nach »ungültig« erscheint durch »erkannt« ersetzt, und als Beysatz zu dem Worte: »ge»trennt« des folgenden Satzes gleichsam aufgespart. Diese Aenderung des Redegebrauches deutet auf eine beabsichtigte besondere Anordnung, welche sich klar darstellt, wenn man den Ausdruck: »für getrennt erklärt« in eben der Bedeutung nimmt, in welcher derselbe in den Worten des §. 112: »Erklärung, daß

der Abwesende für todt zu halten, und die Ehe getrennt sey,« gebraucht wird, folglich unter dem gedachten Ausdrucke nicht bloß die wirkliche Trennung der Ehe durch richterliches Urtheil, sondern auch die vermuthete durch Todeserklärung versteht. Hätte der Gesetzgeber im §. 122 nur die erstere und nicht auch die letztere im Gesichte gehabt, wie leicht und klar hätte er mit Beybehaltung der gewöhnlichen Redensart seinen Sinn mit den Worten ausdrücken können: Wenn eine Ehe für ungültig erklärt oder getrennt wird, so ꝛc.? In der Vorschrift über das Verfahren in streitigen Eheangelegenheiten vom 23. August 1819, worin aber von dem Verfahren bey der Todeserklärung gar nicht gehandelt wird, folglich auch auf dieselbe keine Rücksicht zu nehmen war, bedient sich der Gesetzgeber im §. 19 bey einer ähnlichen Verfügung ganz unumwunden der eben angeführten Ausdrücke. Warum gebrauchte er dieselben nicht auch im §. 122, sondern brachte eine Modification an? Es geschah dieß gewiß nicht ohne Ursache; und welche andere läßt sich angeben, als diese, daß er, weil er in den vorhergehenden Paragraphen nicht bloß von dem Verfahren bey Ungültigerklärung und der eigentlichen Trennung der Ehe, sondern auch bey der Todeserklärung handelte, absichtlich solche Ausdrücke wählte, welche auch diese letztere in die Verfügung des §. 122 einschließen? Es wäre sehr sonderbar, wenn alle Aufhebungsarten der ehelichen Gemeinschaft, deren Folge die Berechtigung zu einer Wiederverehelichung ist, in die Pfarrbücher eingetragen werden müßten (die durch den Tod in das Sterbebuch, die durch Ungültigerklärung und Trennung in das Trauungsbuch), und nur die durch die Todeserklärung nicht, die doch die bedenklichste ist und die größte Vorsicht erheischt. Ueberdieß streiten für die Anmerkung der Todeserklärung im Trauungsbuche, wenn gleich nicht eben dieselben, doch ganz ähnliche Gründe, als die oben (§. 318, Nr. 2) angeführten sind, auf welchen die Anordnung des §. 122 beruhet. Wo wird man vielleicht nach Verlauf einer großen Anzahl von Jahren den Beweis suchen, wann und wie das eheliche Verhältniß zwischen zwey Personen aufgehört hat, als in den Pfarrbüchern, und wenn die erfolgte Todeserklärung darin nicht verzeichnet ist, was für Mühe und Kosten wird es erfordern, um darüber eine Auskunft zu erhalten? Meistens wird man den Zweck gar nicht

Digitized by Google

oder nur auf eine unsichere Art erreichen. Wie leicht, schnell und sicher aber würde man zum Zwecke kommen, wenn die Todeserklärung im Trauungsbuche angemerkt wäre? Bey Verfassung der so oft nothwendigen Stammbäume wird es immer Schwierigkeiten verursachen, wenn man sich über das Absterben eines Menschen oder wenigstens über den gesetzlich vermutheten Zeitpunct desselben aus den Pfarrbüchern keine Nachricht verschaffen kann. Wenn einem Ehegatten die gerichtliche Urkunde über die geschehene Todeserklärung des andern auf irgend eine Art, wie sich's öfters ereignet, abhanden kommt, und er sich nicht auf die im Trauungsbuche stehende Aufzeichnung derselben berufen kann, wie leicht wird ihm eine vielleicht dringende Wiederverehelichung vereitelt? Könnten dem wiederverehelichten Ehegatten bey allfälliger Rückkehr des für todt erklärten nicht große Verdrießlichkeiten wegen der zweyfachen Ehe erregt werden, wenn er sich nicht auf der Stelle durch die Berufung auf das Trauungsbuch zu helfen im Stande ist? Könnte mit der Zeit nicht der neue Ehegatte des Wiederverehelichten seine Ehe, mit welcher er unzufrieden geworden ist, wegen des noch bestehenden Ehebandes bestreiten, wenn es dem letztern nicht möglich ist, das Vorgeben sogleich aus der gerichtlichen Todeserklärungsurkunde oder aus dem Trauungsbuche zu widerlegen? u. s. w.

2. Indessen hat auch die entgegengesetzte Meinung mehrere Gründe für sich. Einige habe ich selbst in einer darüber geschriebenen Abhandlung [1] angeführt, die nachher von dem Herrn A. R. Nippel [2] und R. R. Winiwarter [3], theils näher entwickelt, theils vermehrt worden sind. Ich will dieselben hieher setzen, und jedem insbesondere sogleich das beysetzen, was darauf erwiedert werden könnte. Der Leser mag dann zwischen beyden Meinungen wählen. Zur Unterstützung der Gegenmeinung wird angeführt:

a) Bey der Todeserklärung trete ein ganz anderes Verhältniß ein, als bey der Trennung in Folge des §. 115. Das auf

---

[1] In Prof. Wagners Zeitschrift v. J. 1827, Nr. 21, im 5. Hefte, S. 249.

[2] Erläut. des a. b. G. B. II. B. §. 122. S. 155 und 156.

[3] Das Oesterr. bürgerl. Recht I. Thl. S. 322 und 323.

Digitized by Google

Trennung lautende rechtskräftige Urtheil hebe die Ehe wirklich auf, so daß selbst zur Wiedervereinigung eine neue Schließung derselben nothwendig ist (§. 118); die Todeserklärung bewirke aber nur, daß der abwesende oder vermißte Ehegatte für todt, und in Folge dessen die Ehe für getrennt angesehen wird. Sollte sich aber in der Folge zeigen, daß der Todterklärte wirklich nicht todt sey, so sey es gewiß, daß auch die Ehe nie getrennt war. — Allein was trägt dieses zur Lösung der Frage bey? Ist es dadurch bewiesen, daß die gesetzlich vermuthete Trennung der Ehe nach ergangener Todeserklärung des einen Ehegatten unter den Worten des §. 122 nicht begriffen sey? Auch bey der Ungültigerklärung der Ehe tritt ein ganz anderes Verhältniß ein, als bey der Trennung der Ehe in Folge des §. 115. Auch das auf Ungültigkeit der Ehe lautende rechtskräftige Urtheil bewirkt nur, daß das angegebene Ehehinderniß für vorhanden, und in Folge dessen die Ehe für ungültig angesehen wird. Sollte sich aber in der Folge bey einer Wiederaufnahme der Untersuchung, die bey ämtlichen Untersuchungen auch durch ein rechtkräftiges Urtheil nicht ausgeschlossen wird, zeigen, daß das Ehehinderniß wirklich nicht vorhanden war, so ist es auch gewiß, daß die Ehe nie ungültig war, und daß zur Wiedervereinigung eine neue Schließung derselben nicht nothwendig ist. Folgt aber daraus, daß die Anordnung des §. 122 sich auf die Ungültigerklärung nicht erstrecken könne oder solle?

b) Wenn auch die erfolgte Todeserklärung in dem Trauungsbuche nicht angemerkt wird, so sey doch darum nie der Mißbrauch zu besorgen, dessen Hintanhaltung der §. 122 beabsichtiget, indem es nicht wohl denkbar ist, daß sich der zurückgelassene Gatte in diesem Falle unter dem Scheine der noch bestehenden Ehe Rechte anmaße. — Ist aber die Hintanhaltung des erwähnten Mißbrauches der einzige Grund der Vorschrift des §. 122? Kann nicht die Besorgniß vor andern Mißbräuchen und Unzukömmlichkeiten, deren Gefahr, wie zu Ende des vorigen Nr. gezeigt worden, eintritt, wenn die erfolgte Todeserklärung in dem Trauungsbuche nicht angemerkt wird, den Gesetzgeber bewogen haben, dieselbe in den Umfang der Anordnung des §. 122 einzuschließen? Und warum sollte selbst der geläugnete Mißbrauch nicht denkbar seyn, wenn der zurückgelassene Ehegatte sich an einem entfernten Orte wieder ver-

Digitized by Google

ehelichet, aber seine Wiederverehelichung und die Todeserklärung des vorigen Ehegatten gehörig zu verheimlichen weiß, um aus dessen dort ausfindig gemachtem Vermögen den Unterhalt zu beziehen?

c) Der Ausdruck: »Trennung« werde in unserem Gesetzbuche öfter für die Aufhebung der Ehe durch richterliches Urtheil, als für die Auflösung derselben überhaupt gebraucht, und in den hier in Frage stehenden Anordnungen sey dieses um so mehr anzunehmen, da sowohl der §. 122 des bürgerl. Gesetzbuches als der §. 19 der Vorschrift über das Verfahren in Ehesachen, mit den Verfügungen über die Trennung durch richterliches Urtheil in unmittelbarer Verbindung stehen, ja die Vorschrift über das Verfahren in Ehesachen von der Trennung vermöge der Todeserklärung gar keine Erwähnung macht, also gewiß auch ohne Beziehung auf dieselbe die Veranlassung der erwähnten Anmerkung mit Berufung des §. 122 anordnet. — Es ist allerdings wahr, daß in dem allg. bürgerl. Gesetzbuche das Wort: »Trennung« öfters für die Aufhebung der Ehe durch richterliches Urtheil, als für die Aufhebung derselben überhaupt gebraucht wird; aber in Beziehung auf die ganze Masse unserer Gesetze läßt sich dieses nicht behaupten; dann ist es unzweifelhaft, daß jenes Wort selbst in den §§. 62, 111, 112 und 142, wie auch in den Marginalien zu den zwey hier in der Mitte stehenden §§. des allg. bürgerl. Gesetzbuches in einer weitern Bedeutung vorkomme. Aber alles dieses entscheidet den Streitpunct nicht. Die Frage ist, ob der Ausdruck des §. 122: »wenn »die Ehe für getrennt erklärt wird,« bloß die Aufhebung der Ehe durch richterliches Urtheil, oder auch die Aufhebung derselben durch die vom Gerichte bewilligte Todeserklärung bedeute. Ein solcher Ausdruck kommt nur noch einmahl im allg. bürgerl. Gesetzbuche §. 112 in den Worten vor: »gerichtliche Erklä»rung, daß die Ehe getrennt sey,« wo dadurch ohne Widerrede die Todeserklärung bezeichnet wird. Da nun angenommen werden muß, daß der Gesetzgeber selbst am besten weiß, was er durch seine Rede sagen wolle, daß er die geeignetesten Ausdrücke zur Kundgebung seines Willens anwende, und daß, wenn er sich bey besonderen Gelegenheiten gleichlautender, sonst ungewöhnlicher Ausdrücke bedient, er auch dadurch einen gleichen Willen anzudeuten beabsichtige, so kann man nicht umhin der Meinung zu seyn, daß

er auch im §. 122 unter den bekannten Worten die Todeserklärung verstanden haben wolle. Wer also behauptet, daß der Gesetzgeber den gleichen Ausdrücken in den §§. 122 und 112 einen verschiedenen Sinn beygelegt habe, muß dieses strenge beweisen. Aus der Stellung des §. 122 ist dieses um so weniger anzunehmen, als es nicht einmahl richtig ist, daß derselbe mit den Verfügungen über die Trennung durch richterliches Urtheil in unmittelbarer Verbindung stehe, denn zwischen jenen Verfügungen und dem §. 122 sind die §§. 120 und 121 eingeschoben, die von etwas ganz Anderem handeln. Noch unrichtiger ist es, wie ebenfalls geäußert worden, daß der §. 122 gerade von solchen Gesetzstellen umgeben ist, in welchen der Ausdruck: »Trennung« in der engern Bedeutung angewendet ist; denn nach demselben folgen unmittelbar solche Paragraphe, die von den Hindernissen bey Judenehen handeln. Endlich geht aus dem §. 19 der Vorschrift über das Verfahren in streitigen Ehesachen gerade das Gegentheil von dem, was man hier daraus ableiten will, hervor, wie unter Nr. 1 dargethan wurde.

d) Ein ähnlicher Mißbrauch, wie bey der unterlassenen Anmerkung der Trennung im Trauungsbuche, sey in dem Falle, wenn eine Ehe aus dem Grunde der Todeserklärung für getrennt erklärt wird, nicht mehr zu besorgen; denn ist der Tod des einen Ehegatten wirklich erfolgt, so falle von seiner Seite ein Mißbrauch ohnehin weg, und wäre von Seiten des lebenden Gatten überhaupt ein Mißbrauch gedenkbar, so könnte er auch dann eintreten, wenn der Tod des einen Ehegatten durch den Todtenschein dargethan wäre. Lebt aber der als todt erklärte Ehegatte wirklich noch, so sey auch die Ehe in der Wirklichkeit nicht getrennt: ein Mißbrauch also mit einem Zeugnisse, zu Folge dessen die Ehe noch als aufrecht bestehend dargestellt wird, um so weniger gedenkbar, als vielmehr die Anmerkung der Trennung im Trauungsbuche Besorgnisse erwecken könnte. — Eben dieselben Mißbräuche, wie in dem Falle der im Trauungsbuche nicht angemerkten Trennung der Ehe sind freylich in dem Falle der unangemerkt gebliebenen Todeserklärung nicht zu besorgen; aber wohl andere, die zu Ende des vorigen und unter b des jetzigen Nr. angeführt worden sind; und hat man an den angeführten nicht genug, so kann man sich noch andere hinzudenken, z. B. ein Mann, der für todt erklärt worden, aber noch lebt, und dessen

Digitized by Google

Gattinn sich an einem entfernten Orte wieder verehelichet hat, kann von einem nachfolgenden Pfarrer, der den letzten Umstand nicht weiß, und den ersten im Trauungsbuche nicht angemerkt findet, einen Trauungsschein erhalten, und mittelst desselben eine Concubine, die eben den Nahmen als seine zurückgelassene Frau führt oder annimmt, in den Augen der Welt als seine wirkliche Frau erscheinen lassen.

e) Kommt der als todt erklärte Ehegatte wieder zurück, so lebe die Ehe, wenn der andere Ehegatte sich noch nicht verehelichet hat, ipso facto wieder auf, weil die Trennung der Ehe sich hier einzig auf den Umstand des erfolgten Todes gründet, es müßte also auch der Gesetzgeber eine Verfügung getroffen haben, daß die angemerkte Trennung wieder gelöscht werde; denn sonst könnte gerade diese Anmerkung in der Folge, wenn den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr behagte, zu Mißbräuchen Anlaß geben. Da er nun für diesen Fall keine Verfügung getroffen hat, so dürfen wir annehmen, daß er auch den Fall der Todeserklärung unter der Vorschrift des §. 122 nicht subsumiren wollte. — Auch für den Fall, als die getrennten Ehegatten sich nach §. 118 durch Schließung einer neuen Ehe wieder vereinigen, hat der Gesetzgeber nicht vorgeschrieben, daß ihre zweymahl in das Trauungsbuch an verschiedenen Orten angemerkte Verehelichung gelöscht werde; aber daß etwas zur Vermeidung der Verwirrung geschehe, ergibt sich von selbst als eine zweckmäßige Vorkehrung, die auch oben (§. 320, Nr. 3) bereits angedeutet wurde. Müssen denn alle bey einem Geschäfte vorfallenden Manipulationen von dem Gesetzgeber ausdrücklich vorgeschrieben seyn, und kann man, wenn dieses nicht geschehen ist, sogleich den Schluß machen, daß dieses Geschäft unter die Vorschrift des hierin mangelhaften Gesetzes nicht zu subsumiren sey? Wie die sogenannte Löschung der Todeserklärung eines wieder erschienenen Ehegatten zu veranstalten sey, wird gleich im folgenden §. gesagt werden.

f) In dem §. 122 selbst werde die Handlung, welche Anfangs durch die Worte: »wenn die Ehe für getrennt erklärt »wird,« später nur eine Trennung, und zwar eine solche Trennung genannt, worüber bey dem Gerichte die Verhandlung vor sich gegangen ist; bey Todeserklärungen aber

Digitized by Google

werde nicht der Umstand, ob die Ehe zu trennen, sondern bloß der Punct, ob der Vermißte für todt zu halten sey oder nicht, verhandelt, also könne im §. 122 unter den anfänglichen Ausdrücken nicht die Todeserklärung verstanden werden. — Es macht gar nichts zur Sache, daß bey der Todeserklärung zum Zwecke der Wiederverehelichung nicht der Umstand, ob die Ehe zu trennen, sondern der, ob ein vermißter Ehegatte für todt zu halten sey, der Gegenstand der gerichtlichen Verhandlung ist. Denn der Zweck der gerichtlichen Verhandlung über den letztern Punct ist doch kein anderer, als um nach gehöriger Aufklärung dieses Punctes erklären zu können, daß die Ehe getrennt sey. Auch bey Ungültigerklärung einer Ehe wird nicht geradezu über Ungültigkeit, sondern über das Vorhandenseyn des Ehehindernisses verhandelt; aber die Ungültigkeit ist die unmittelbare Folge des erhobenen Ehehindernisses, und das gerichtliche Erkenntniß erklärt hier die Ehe eben so gut für ungültig, als dort für getrennt. Gleichwie es also Niemanden beyfallen kann, die Anwendbarkeit der Vorschrift des §. 122 auf die Ungültigerklärung der Ehe deßwegen in Zweifel zu ziehen, weil bey derselben nicht der Fragepunct, ob die Ehe ungültig, sondern der Umstand, ob das Ehehinderniß vorhanden sey, zur gerichtlichen Verhandlung kommt, so kann auch bey gehöriger Würdigung des angeführten Gegengrundes Niemand im Ernste bezweifeln, daß auch der Fall einer zum Zwecke der Wiederverehelichung vorgenommenen Todeserklärung unter die Vorschrift des §. 122 zu subsumiren sey. Uebrigens ist es offenbar, daß dieser Ausdruck im §. 122 nur der Kürze wegen in der Voraussetzung gebraucht wurde, daß man den wahren, auch die Todeserklärung in sich schließenden, Sinn desselben bey Berücksichtigung der früher im nähmlichen §. gebrauchten Worte: »wenn die Ehe für getrennt erklärt »wird,« nicht verkennen werde.

g) Wenn man unter dem Ausdrucke: »Trennung der »Ehe« im §. 122 auch die dem Tode juristisch gleichgesetzte Todeserklärung begreifen wollte, und deßwegen die Anmerkung derselben im Trauungsbuche fordern würde, so müßte man um so mehr den erfolgten Tod selbst darin anmerken. — Die Gehaltlosigkeit dieses Gegengrundes erhellt, wenn man bedenkt, daß die Anordnung des §. 122 ausdrücklich den Fall voraussetzt, wo die Ehe

Digitized by Google

für getrennt erklärt worden, und eine Verhandlung über die Trennung vor sich gegangen ist. Keines von beyden findet in dem Falle des natürlichen Todes Statt. Wie könnte man also folgern, daß, wenn die Anmerkung der Todeserklärung im Trauungsbuche nach §. 122 nöthig wäre, dieselbe auch auf offenkündige Todesfälle erstreckt werden müßte. Der wirklich Gestorbene erscheint nicht wieder, und läßt keine solche Collision, wie sie bey Todeserklärungen eintreten kann, besorgen. Ohnehin werden die Sterbefälle bey jeder Pfarre in die Todtenbücher eingetragen, aus welchen man jederzeit den nöthigen Beweis des erfolgten Todes einer Person hohlen kann. Wozu wäre also noch eine Anmerkung desselben im Trauungsbuche?

§. 322.

Was im Wiedererscheinungsfalle des für todt erklärten Ehegatten im Trauungsbuche anzumerken sey?

Sollte der für todt erklärte Ehegatte wieder zum Vorschein kommen, so wird es offenbar, daß der von dem zurückgelassenen Ehegatten geschlossenen neuen Ehe das Hinderniß des noch bestehenden früheren Ehebandes im Wege stand, und dieselbe ungültig machte. Da dieses Hinderniß eines von den im §. 94 des bürgerl. Gesetzbuches angeführten ist, so muß das Landrecht, sobald es davon Kenntniß erhält, von Amtswegen die Ungültigkeit der neuen Ehe des zurückgelassenen Ehegatten untersuchen, und diese, da gedachtes Ehehinderniß seiner Natur nach durch keine Dispens gehoben werden kann, vermöge §. 98 für ungültig erklären; zugleich aber auf die §. 320 beschriebene Art Sorge tragen, daß diese Ungültigerklärung in dem Trauungsbuche, wo sich die neue Ehe eingetragen befindet, von dem Seelsorger angemerkt werde. Eine solche Verfügung ist aber in dem gesetzten Falle noch nicht genug. Da nach der Voraussetzung die vorgegangene Todeserklärung des vorigen Ehegatten in dem Trauungsbuche ebenfalls angemerkt worden ist, so muß das Landrecht auch veranstalten, daß dieser Anmerkung alle Beweiskraft benommen werde. Eine förmliche Löschung der angemerkten Todeserklärung im Trauungsbuche ist nach dem Geiste unserer Gesetze, welche das, was in

Digitized by Google

öffentlichen Protokollen einmahl niedergeschrieben worden, auszulöschen oder durchzustreichen untersagen, nicht thunlich. Es scheint also am räthlichsten, die Einleitung zu treffen, daß an der Stelle des Trauungsbuches, wo bey der ersten Ehe die Todeserklärung angemerkt steht, die weitere Bemerkung beygesetzt werde, daß diese Todeserklärung vermöge Notifications-Schreibens vom ..... durch das Wiedererscheinen des vermißten Ehegatten N. N. sich als irrig bewährt habe. Eine Verweisung von einer Stelle des Trauungsbuches auf die andere dürfte auch in einem solchen Falle zur Vermeidung aller Irrungen nützlich seyn. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß, wenn die vorige und die neue Ehe in den Trauungsbüchern verschiedener Pfarren eingetragen sind, an die Seelsorger beyder die Weisung erlassen werde, was jeder in seinem Trauungsbuche dießfalls anzumerken habe.

§. 323.

Ob auch, wenn bey Ermangelung des Todtenscheines der Tod eines Ehegatten durch Zeugen vor Gericht erwiesen wird, das Erkenntniß hierüber im Trauungsbuche anzumerken sey?

Sogar in dem Falle, als ein Ehegatte, der über des andern wirklich erfolgten Tod keinen Todtenschein beybringen kann, den Tod desselben durch glaubwürdige Zeugen vor Gericht erwiesen hat, ist die Anmerkung des hierüber ergangenen gerichtlichen Erkenntnisses im Trauungsbuche zu veranlassen, theils weil dieses Erkenntniß nach der allerhöchsten Entschließung vom 18. November 1826 und des in Folge desselben kundgemachten Hofkanzley-Decretes vom 17. Februar 1827, eine beynahe gleiche Verhandlung erfordert, und eben dieselbe Wirkung hat, wie eine Todeserklärung, theils weil für die Nothwendigkeit einer solchen Anmerkung die nähmlichen Gründe eintreten, welche die Gesetzgebung bewogen haben, in Fällen, wenn eine Ehe für ungültig erkannt, oder für getrennt erklärt, mithin auch, wenn die Todeserklärung eines vermißten Ehegatten vorgenommen wird, in dem Trauungsbuche anmerken zu lassen. Das gerichtliche Erkenntniß, oder der von dem Gerichte ausgefertigte Todtenschein, welchen nur die Partey in Händen hat, geht bald verloren. Es muß aber für einen leicht zu findenden Beweis des Todes auch für die ganze Zukunft gesorgt

Digitized by Google

werden. Uebrigens könnte ein solches gerichtliches Erkenntniß auch in das pfarrliche Sterbregister eingetragen werden.

§. 324.

Ob die Anmerkung der Ungültigerklärung oder Trennung einer im Auslande geschlossenen Ehe auch in dem auswärtigen Trauungsbuche einzuleiten sey?

1. Dagegen scheint es nicht vorgeschrieben zu seyn, daß die von einem Oesterreichischen Gerichte nach vorher gepflogener Untersuchung ergangene Erklärung, eine im Auslande geschlossene Ehe sey ungültig oder getrennt, in dem ausländischen Trauungsbuche, worin eine solche Ehe eingetragen ist, angemerkt werde; auch dann nicht, wenn die Ehe zwischen Ausländern, oder zwischen einem Oesterreichischen Unterthane und einer ausländischen Person eingegangen worden ist. Denn

a) kommt weder in dem allg. bürgerl. Gesetzbuche, noch in einem andern über diesen Gegenstand erschienenen Gesetze, nahmentlich nicht in dem Hofkanzley-Decrete vom 22. Julius 1819 und in den Justiz-Hofdecreten vom 30. Julius 1808 und 11. Julius 1817, irgend eine Andeutung vor, daß eine solche Anmerkung in ausländischen Trauungsbüchern im Sinne des Gesetzgebers lag; vielmehr scheinen sowohl das bürgerl. Gesetzbuch im §. 122, als auch die vorgenannten Hofdecrete anzudeuten, daß gedachte Anmerkung nur in den inländischen Trauungsbüchern zu veranlassen sey, weil sie vorschreiben, daß die Ungültigerklärung oder Trennung der Ehe im Trauungsbuche angemerkt werden *soll*; daß die Erinnerung wegen dieser Anmerkung an die *politische* Behörde, welche für die Richtigkeit des Trauungsbuches zu sorgen hat, erlassen werde; im Auslande aber von einem *soll* keine Rede seyn kann, und auch nicht überall, besonders nicht in den zahlreichen Ländern, wo die Ehesachen nach dem gemeinen canonischen Rechte behandelt werden, die politischen, sondern bloß die geistlichen Behörden für die Richtigkeit der Trauungsbücher zu sorgen haben.

b) Auch die Natur der Sache spricht für diese Meinung. Nicht überall sind die Trauungsbücher so eingerichtet, daß Anmerkungen beygeschrieben werden könnten. Nicht überall sind dergleichen Anmerkungen in Trauungsbüchern gebräuchlich. Werden

Digitized by Google

wohl auswärtige Seelsorger auf Ersuchen Oesterreichischer Gerichte sich bequemen, dergleichen ungewöhnliche Anmerkungen in ihre Trauungsbücher aufzunehmen, ohne von ihren Landesregierungen oder Bischöfen dazu autorisirt zu seyn? Diese aber dürften öfters glauben, Gründe zu haben zur Verweigerung der Erlaubniß, daß eine solche Anmerkung in den Trauungsbüchern gemacht werde, besonders wenn diese zum Nachtheile eines Landeskindes gereichen sollte. Denn in vielen fremden Staaten gelten in Ehesachen andere Grundsätze als in dem Oestereichischen. Manche Ehen werden dort als gültig angesehen, die nach hiesigen Gesetzen ungültig sind. Trennungen der Ehe werden nicht in allen Ländern aus den nähmlichen Ursachen wie in Oesterreich gestattet. Todeserklärungen sind nicht allenthalben im Gebrauche. Kann man wohl hoffen, daß auswärtige Regierungen oder Bischöfe jederzeit geneigt seyn werden, auf Ersuchen einer Oesterreichischen Behörde über eine in ihren Ländern mit einem Landeskinde oder zwischen Landeskindern geschlossene Ehe Anmerkungen im dortigen Trauungsbuche zu erlauben, wodurch sie genöthiget würden, sich mit ihren eigenen Grundsätzen in Widerspruch zu setzen?

c) Die Oesterreichische Gesetzgebung sieht im §. 4 des bürgerlichen Gesetzbuches Rechtsgeschäfte, also auch Eheverträge, die von Oesterreichischen Unterthanen außer dem Oesterreichischen Staatsgebiethe mit Ausländern gegen die Oesterreichischen Gesetze geschlossen werden, nur in so fern für ungültig an, als durch diese Gesetze die persönliche Fähigkeit Oesterreichischer Unterthanen, solche Geschäfte zu unternehmen, eingeschränkt wird, und in so weit als diese Geschäfte zugleich in Oesterreichischen Ländern rechtliche Wirkungen hervorbringen sollen. In so fern aber dergleichen Rechtsgeschäfte auf den Oesterreichischen Staat keinen Einfluß äußern, ist die Oesterreichische Gesetzgebung nicht entgegen, und kann nicht entgegen seyn, daß die auswärtige Regierung, in deren Gebiethe diese Rechtsgeschäfte vorgenommen wurden, denselben rechtliche Wirkungen beylege, und sie bey sich als gültig anerkenne. Die Oesterreichische Staatsverwaltung kann einer fremden unabhängigen Regierung nicht vorschreiben, was diese in ihrem Gebiethe thun oder lassen soll. Sie kann ihr daher keine Handlung zumuthen, wodurch sie die Ungültigkeit eines solchen Rechtsgeschäftes für ihr

Digitized by Google

Gebieth anzudeuten genöthiget wäre. Setzen wir, ein minderjähriger Oesterreicher schließe ohne Erlaubniß seines Vaters in einem fremden Staate, wo das Hinderniß der Minderjährigkeit nicht Statt findet, mit einer Ausländerinn die Ehe; diese werde von einem Oesterreichischen Gerichte für ungültig erklärt: so wird zwar die Ausländerinn in dem Oesterreichischen Staatsgebiethe die Rechte einer rechtmäßigen Ehegattinn, den Unterhalt, die Erbfolge nicht ansprechen können; aber dem auswärtigen Staate kommt ungezweifelt das Recht zu, eine solche Verbindung in seinem Gebiethe als eine gültige Ehe zu betrachten, und ihr alle rechtlichen Wirkungen der letztern angedeihen zu lassen, ohne daß die Oesterreichische Regierung zu fordern berechtiget wäre, er solle dieselbe in seinem Gebiethe ebenfalls für ungültig ansehen, und in dem dortigen Trauungsbuche, wo sie eingetragen ist, die in Oesterreich vorgenommene Ungültigerklärung derselben anzumerken befehlen.

d) In einem besondern Falle, wo von einem Oesterreichischen Unterthane im Auslande mit einer Ausländerinn eine nach den Oesterreichischen Gesetzen ungültige, nach den Gesetzen des fremden Staates aber gültige Ehe geschlossen, von einem Oesterreichischen Gerichte für ungültig erklärt, von diesem die auswärtige politische Behörde um die Anmerkung der Ungültigerklärung im ausländischen Trauungsbuche ersucht, aber dieselbe verweigert wurde, ist bereits durch allerhöchste Entschließung vom 19ten, und Hof-Decret der obersten Justizstelle vom 27. May 1825 befohlen worden, auf der Einverleibung der Ungültigerklärung der Ehe in dem auswärtigen Trauungsbuche nicht zu bestehen.

2. Da es jedoch in manchen Fällen selbst den Ausländern daran liegen kann, Kunde von der Ungültigerklärung oder Trennung einer in ihrem Lande geschlossenen Ehe zu erhalten, so steht es dem Oesterreichischen Gerichte allerdings frey, ihnen dieselbe mitzutheilen; besonders dürfte es in dem Falle, als zwey Oesterreichische Unterthanen, um die vaterländischen Gesetze zu umgehen, und die Ehe mit einem im Auslande nicht bestehenden Hindernisse schließen zu können, sich in dieser Absicht dahin begeben, z. B. wenn zwey Oesterreichische minderjährige Brautleute, welche die erforderliche Einwilligung nicht erlangen können, sich im Auslande trauen lassen, nicht unzweckmäßig und fruchtlos seyn, die in Oesterreich ausge-

Digitized by Google

sprochene Ungültigerklärung einer solchen Ehe dem Auslande bekannt zu geben, damit in der Zeitfolge von dort erhobenen Trauungsscheinen, vielleicht selbst bey auswärtigen Gerichten, kein Mißbrauch gemacht werde; aber freylich bleibt es jederzeit den ausländischen Behörden überlassen, ob und welche Vormerkung sie in dem dortigen Trauungsbuche veranlassen wollen.

Digitized by Google

Errata.

In die Numerirung der Paragraphe haben sich folgende zu verbessernde Fehler eingeschlichen.

I. Theil,	Seite	statt	ist zu lesen:
»	77	§. 22	§. 23.
»	101	§. 37	§. 32.
»	333	§. 102	§. 120.
II. Theil	15	§. 192	§. 193.
»	37	§. 203	§. 204.
»	67	§. 167	§. 217.

K. K. HOFBIBLIOTHEK WIEN

Digitized by Google

In der Buchhandlung von J. G. R. v. Mösle's Witwe, sind nebst mehreren juridischen Werken auch folgende erschienen und zu haben:

Barth-Barthenheim, Graf v., System der österreichischen administrativen Polizey, mit vorzüglicher Rücksicht auf das Erzherzogthum Oesterreich unter der Enns, 1. Band. Einleitung. I. Theil, Polizeyrecht, erstes Hauptstück: Staatssicherheits-Polizey, zweytes Hauptstück: Landessicherheits-Polizey. gr. 8. 1829. 3 fl. 30 kr.

— — 2. Band. Fortsetzung des I. Theils, drittes Hauptstück: Orts-Polizey. 3 fl. 30 kr.

— — 3. Band. Schluß des I. Theils, viertes Hauptstück: Privatsicherheits-Polizey. gr. 8. 1829. 2 fl. 30 kr.

— — 4. Band, enthält den II. Theil dieses Systems: Von den als Organe der Polizeygewalt zur Handhabung des Polizeyrechtes berufenen Behörden, und von den ihnen zu diesem Ende zu Gebothe stehenden Hülfsmitteln, also: Vom Verfahren in Polizeysachen. gr. 8. 1830. 2 fl. 30 kr. Preis aller 4 Bände 10 fl.

Bergmayr, J. F, das bürgerl. Recht der k. k. Oesterreichischen Armee und der Militär-Gränzprovinzen, in drey Theilen. gr. 8. 1827—1833.
I. Theil, von dem Personenrechte. 2 fl. 30 kr.
II. Theil, von dem Sachenrechte. 1. Band 1 fl. 40 kr.
II. Theil, von dem Sachenrechte. 2. Band 3 fl.
II. Theil, von dem Sachenrechte. 3. Band. 2 fl. 30 kr.
III. Theil, von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte. Nebst alphabetischem Register über den Inhalt aller 5 Theile.

Dolliner, T., Dissertationes de Jure Personarum Ecclesiaticarum, generatim qua talium sine respectu ad beneficia et Ecclesiae officia consideratarum, item de Erectione et Innovatione Beneficiorum, nec non de civili et militari animarum cura in Ditionibus Austriacis. Latinitate donavit M. Juranich. 8. maj. 1824. 1 fl. 12 kr.

Fischer, Dr. F., Handbuch der dilatorischen Einwendungen im Civilprozesse. gr. 8. 1825. 1 fl. 12 kr.

Füger, J., das gerichtliche Verfahren in Streitsachen nach der österr. allgemeinen Gerichts- und Concursordnung. Dritte durch die neuen Gesetze vermehrte Auflage von Dr. Jos. Wessely. 3 Theile. gr. 8. 1834.

— — das adeliche Richteramt, oder das gerichtliche Verfahren außer Streitsachen in den deutschen Staaten der österreichischen Monarchie. 3 Theile. Vierte von Dr. V. A. Wagner, k. k. Professor ꝛc. bearbeitete und vermehrte Auflage. gr. 8. 1830—1831. 5 fl. 30 kr.

Haimerl, F. X., die Lehre von den Civilgerichtsstellen in den deutschen und italienischen Ländern des österreichischen Kaiserstaates. 1. Theil. gr. 8. 1834. 2 fl. 40 kr.

Hauer, F. E. v., practische Darstellung der in Oesterreich unter der Enns für das Unterthansfach bestehenden Gesetze. Dritte vermehrte

Digitized by Google

und umgearbeitete Auflage, von J. H. Edlen v. Kremer. 3 Bände, gr. 8. 1824. 6 fl.

Kostetzky, D., theoretisch-practische Anleitung zur Behandlung der Erbschaftssachen, welche sowohl die Lehre von dem dreyfachen Erbrechte, als auch die Verlassenschafts-Abhandlungspflege bey jeder Art Erbfolge enthält; zweyte, nach dem neuen allgemeinen bürgerl. Gesetzbuche, und den damit vereinbarlichen frühern Gesetzen, sammt den dazu gerichtlichen und außergerichtlichen schriftlichen Aufsätzen und Formularien umgearbeitete und vermehrte Ausgabe. 2 Theile. gr. 8. 1818. 4 fl. 36 kr.

— — practische Regeln zur Auslegung und Anwendnng der Civil- und politischen Gesetze, größtentheils aus den Commentaren über die österreichischen Gesetze. gr. 8. 1823. 1 fl.

Kremer, Dr. J. H. v., die Veränderungsgebühren (Freygeld) in Oesterreich ob der Enns. gr. 8. 1828. 2 fl.

Neupauer, D. F., neue Beyträge zur Kenntniß des österreichischen Wechselrechts. gr. 8. 1829. 1 fl.

Schuster, Dr. M., zwey juridische Abhandlungen. I. Was ist das Compensationsrecht? II. Ist der Uebernehmer eines verpfändeten Grundstücks den Hypothekar-Gläubigern persönlich, folglich mit seinem Vermögen verpflichtet? gr. 8. 1830. 1 fl. 20 kr. broschirt 1 fl. 24 kr.

Tausch, J., das Bergrecht des österreichischen Kaiserreichs. Systematisch dargestellt und erläutert. Zweyte umgearbeitete und vermehrte Auflage. gr. 8. 1834. 4 fl.

Tausch, G., Rechtsfälle aus dem Civil- und Criminal-Rechte. Erster Band, erstes Heft. gr. 8. 1832. 1 fl. 20 kr.

Wagner, Dr. V. A., k. k. Professor etc., kritisches Handbuch des in den österreichisch-deutschen Staaten geltenden Wechselrechtes. Dritter Band. (Bewahrung und Erlöschung der Wechselrechte.) gr. 8. 1832. auf Velinpapier 4 fl. 15 kr., auf Druckpapier 3 fl. 36 kr.

Winiwarter, Dr. J., k. k. Rath, Handbuch der Justiz- und politischen Gesetze und Verordnungen, welche sich auf das in den deutschen Provinzen der österreichischen Monarchie geltende allgemeine bürgerliche Gesetzbuch beziehen. 3 Theile. gr. 8. 1829. 4 fl.

— — Das österreichische bürgerliche Recht systematisch dargestellt und erläutert. Erster Theil. Enthält das Personenrecht nach dem österreichischen allgemeinen bürgerl. Gesetzbuche. gr. 8. 1831. 4 fl.

— — Zweyter Theil. Des dinglichen Sachenrechtes erste Abtheilung. gr. 8. 1832. 2 fl. 45 kr.

— — Dritter Theil. Des dinglichen Sachenrechts zweyte Abtheilung. gr. 8. 1834. 3 fl. 15 kr.

Zimmerl, J. M. E. v., Handbuch für Richter, Advocaten und Justizbeamte in den k. k. österreichischen Erbstaaten. Zwey Theile, welche die allgemeine Gerichts- und Concursordnung und die Instruction für die Justizstellen, sammt allen bis zu Ende 1829 ergangenen Erläuterungen enthalten. Achte vermehrte Auflage. gr. 8. 1830 4 fl. 30 kr.

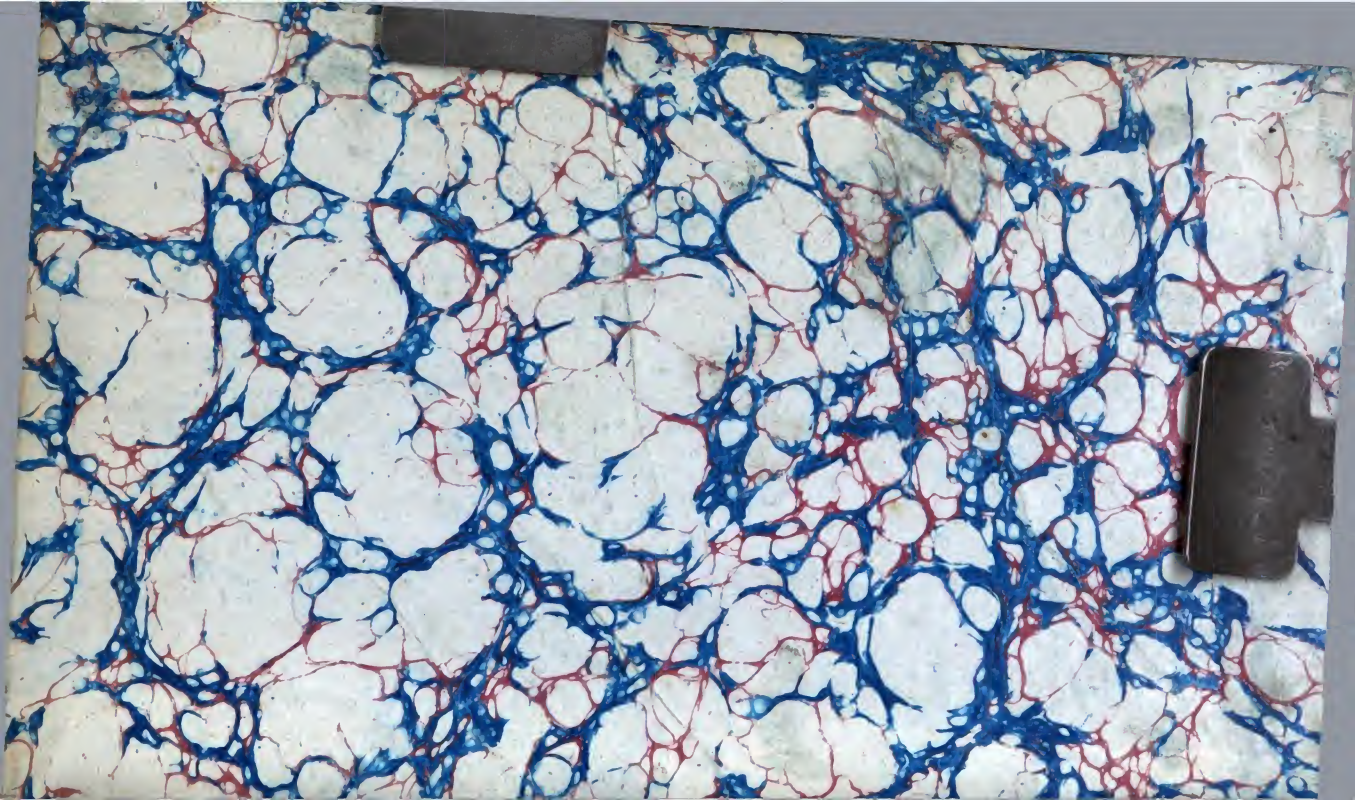
Digitized by Google

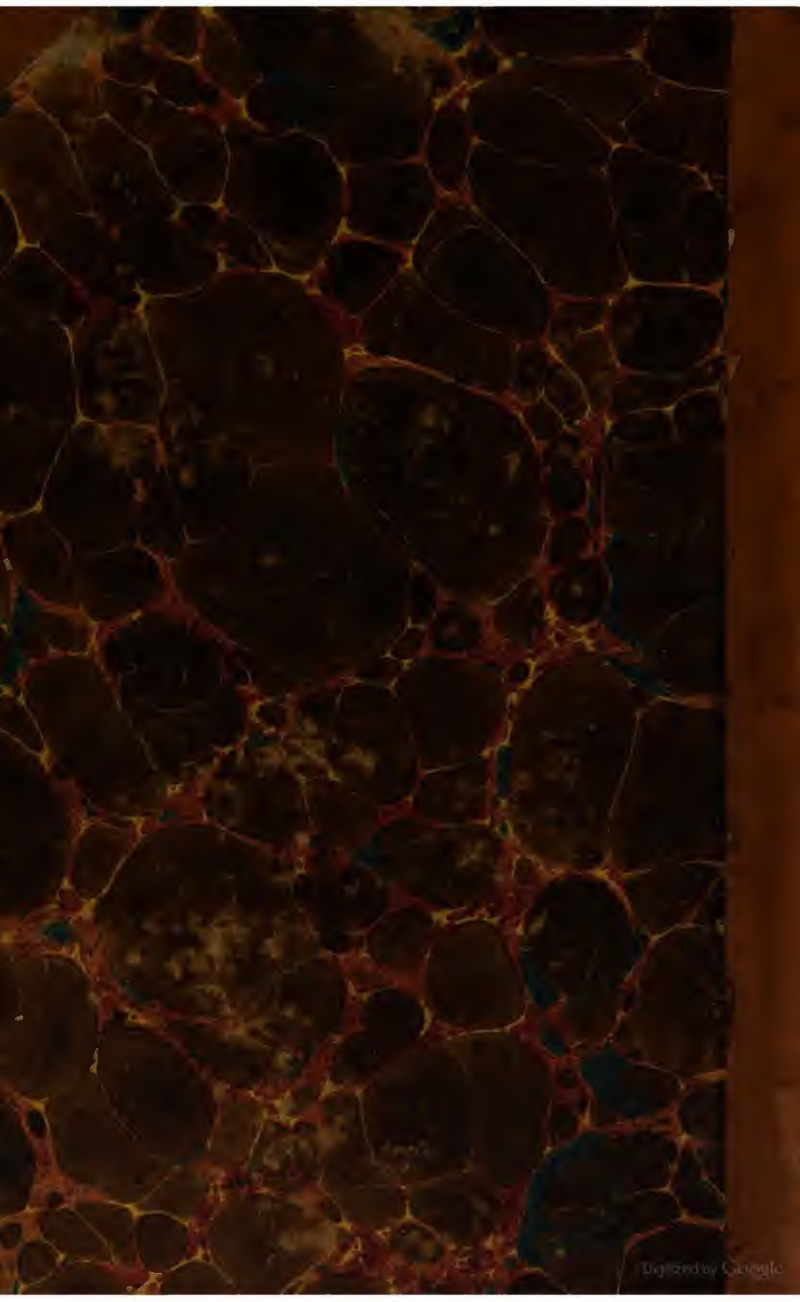
Österreichische Nationalbibliothek
+Z162137006

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google




Digitized by Google